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

2.1 Nombramiento de auditores y expertos independientes

Resolución de 3 de enero de 2020 (1.ª)

En el expediente 166/2019 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Ganados El Chañero, S.L.».

HECHOS

I

Don D.M.R., doña M.H.I.F. y don E.M.I., presentaron un escrito de fecha 30 de julio de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Segovia, en el que tuvo su entrada el día 5 de agosto posterior, en el que solicitaron, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socios de «Ganados El Chañero, 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 por darse los requisitos previstos en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

Fundamentan su solicitud en los siguientes extremos de acuerdo a la documentación que se acompaña:

Que la sociedad celebró junta general el dia 29 de julio de 2019 en la que se presentaron las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018 que arrojaban un resultado positivo. Que los hoy solicitantes formularon propuesta de reparto del dividendo por la integridad del beneficio obtenido o, al menos, en un 25%. Que formularon en la misma junta una propuesta de valoración que no fue atendida por los dos socios mayoritarios.

Se acompaña copia del acta notarial autorizada en fecha 29 de julio de 2019 por la notaria de Cuéllar doña Blanca Bachiller Garzo. De su diligencia de la misma fecha resulta que se encuentra en la junta general, presente o representado, la totalidad del capital social.

Resulta de la misma la solicitud que hacen los hoy solicitantes de que se distribuya la totalidad del beneficio obtenido en forma de dividendo o, al menos, el mínimo legal, haciendo constar de forma expresa su protesta por la ausencia de reparto de dividendo así como que para el caso de que no se apruebe su propuesta notifican su expresa voluntad de ejercer su derecho de separación con propuesta de valoración que, de no ser aceptada, conllevara la solicitud de nombramiento de experto independiente. Votan a favor de esta propuesta los tres socios solicitantes y en contra los otros dos socios.

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 solicitantes no acreditan documentalmente su condición legítima. 2.º Que la solicitud contraviene el artículo 7.º del Código Civil pues ya cuentan con la documentación necesaria para el conocimiento directo del dato que solicitan. 3.º Que sólo desean provocar un quebranto económico a fin de presionar para generar a su favor un enriquecimiento injusto. 4.º Que los solicitantes han incumplido sus propios actos conforme a lo manifestado en la junta general de 29 de julio de 2019 en la notaria de Cuéllar lo que pondrán de manifiesto tan pronto obtengan copia del acta notarial.

La registradora solicita de la sociedad que aporte el acta notarial sin que sea traída al expediente. La registradora solicita la expresada copia a los solicitantes que la aportan debidamente.

III

La registradora mercantil de Segovia, doña María Ángeles de Echave-Sustaeta y de la Torre dictó resolución en fecha 19 de septiembre de 2019 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 R.M.I., como administrador, por escrito de fecha 22 de octubre de 2019, que tuvo entrada el día 24 inmediato posterior en el Registro Mercantil de Segovia, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base, resumidamente a los siguientes argumentos: Que los solicitantes buscan causar un quebranto a la sociedad pues no existe un control abusivo de la sociedad por parte de los socios mayoritarios. Que es el desacuerdo con la política económica lo que lleva a los solicitantes a demandar la designación de un experto. Que la separación puede llevar a una situación de riesgo a la sociedad comportando en cualquier caso importantes gastos para la sociedad. Que teniendo ya en su poder toda la documentación necesaria su actuación sólo pretende trastocar el normal funcionamiento de la sociedad. Que el dispendio económico afectará a la sociedad. Que reiteran que los solicitantes no aportan en modo alguno documentación capaz y suficiente para acreditar su condición, actúan en contra de la buena fe y no es mas que el resultado de controversias y problemas previos. Que los argumentos expuestos son sustantivos y la competencia del registrador es meramente formal pretendiendo los solicitantes el ejercicio de un derecho que debe realizarse en el ámbito jurisdiccional correspondiendo a dicho orden la potestad de determinar su procede el nombramiento de expertos o peritos.

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, 11 de junio, 2, 4 y 23 de octubre, 6, 14, 22, 23, 26 y 28 de noviembre y 17 y 18 de diciembre de 2018.

1. Tres socios de una sociedad de responsabilidad limitada ejercen el derecho de separación al amparo de la previsión del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. La sociedad se opone y la registradora mercantil desestima la oposición. La sociedad recurre.

2. El escrito de recurso hacer referencia a una cuestión, la competencia de la registradora, que de estimarse haría innecesario el análisis del resto de motivos de recurso.

El escrito de recurso afirma que la cuestión planteada debe resolverse en el ámbito jurisdiccional correspondiendo al juez decidir si es procedente o no la designación de expertos o peritos. 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» (art. 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 intere-

ses que ha de resolver el registrador como órgano de la Administración (resolución de 15 de julio de 2005). De este modo, la decisión del Registrador Mercantil declarando la procedencia del nombramiento solicitado por la minoría no tiene el carácter de calificación registral, sino que es un acuerdo adoptado por quien en este procedimiento regulado en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil es la autoridad pública competente para resolver la solicitud (resoluciones de 13 de enero de 2011 y 10 de julio de 2013). En definitiva, y como ha mantenido reiteradamente esta Dirección General, la actuación del registrador viene amparada por la atribución competencial que lleva a cabo el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y que desarrolla el Reglamento del Registro Mercantil para resolver, en el ámbito del procedimiento especial por razón de la materia jurídico privada que el mismo regula, la pretensión del socio minoritario sin perjuicio de la revisión jurisdiccional del acto administrativo que del procedimiento resulte.

En suma, el registrador tiene atribuida la competencia legal para determinar si concurren los requisitos legalmente exigibles para ejercerla, ya se trate de la designación de un experto para la valoración del crédito de liquidación de un usufructo (art. 128 de la Ley de Sociedades de Capital), ya de la designación de un experto para la determinación del valor razonable de las acciones o participaciones de un socio separado o excluido (art. 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 (arts. 169 y 171), ya para reducir el capital social (arts. 139 y 141 de la Ley). En estos y otros supuestos la Ley atribuye competencia al registrador para dictar una resolución en la que, estimando la solicitud hecha por quien corresponda y apreciando la concurrencia de los requisitos legales, designar a un experto independiente o adoptar otras medidas sin perjuicio del eventual recurso de alzada ante esta Dirección General de los Registros y del Notariado o de la oportuna impugnación ante los Tribunales de Justicia, al carecer las resoluciones administrativas del efecto de cosa juzgada (art. 114 de la Ley 39/2015, de 1 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, núm. 454/2013 de 28 junio y 674/2013 de 13 noviembre), que el registrador al actuar en el ámbito de su competencia no invade la función jurisdiccional pues ni conoce de procedimiento judicial alguno, ni interfiere en un procedimiento judicial en marcha ni en modo alguno se arroga actuaciones reservadas al poder judicial.

La misma doctrina es aplicable a un supuesto como el presente en el que el registrador se limita a ejercer la competencia atribuida legalmente (*vide* ar. 353 de la Ley de Sociedades de Capital), por el procedimiento establecido (art. 363 del Reglamento del Registro Mercantil), y sin perjuicio del régimen de recursos previsto en el ordenamiento. En ningún caso el registrador ha resuelto una contienda entre particulares pues se ha limitado, como autoridad, a verificar si concurren o no los requisitos establecidos legalmente para la designación de persona que deba llevar a cabo la previsión legal de valoración de las participaciones y sin perjuicio del ejercicio de las acciones que los interesados entiendan procedentes en defensa de su derecho (*vide* resoluciones de 20 de enero de 2011 y 4 de febrero de 2013).

Esta Dirección General de los Registros y del Notariado no desconoce la existencia de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Murcia de fecha 18 de mayo de 2017 que afirma lo contrario (como la del Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Barcelona de fecha 1 de marzo de 2018), pero existen pronunciamientos adversos como la sentencia de 26 de septiembre de 2017 del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Sevilla de la que, para un supuesto sustancialmente idéntico, resulta la conclusión contraria.

Además, la citada sentencia de fecha 18 de mayo de 2017 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. Establecido lo anterior resulta con claridad que el recurso no puede prosperar. En realidad, el recurrente no discute ni que los solicitantes son socios (se limita a afirmar que no han presentado documentación), ni tampoco que reúnan los requisitos previstos en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. Su argumentación se limita a afirmar que la voluntad última de los solicitantes no es tanto obtener el reembolso de sus participaciones si no que viene dictada por otros motivos distintos.

Comenzando con la cuestión de la legitimación para iniciar el expediente, 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 –art. 351.2– no ha pretendido ser especialmente exigente con el socio a la hora de exigirle que acredite documentalmente su condición, e incluso que no siempre resulta exigible dicha justificación documental –«en su caso», dice el precepto–. Por su parte y en lo referente a la negación de la legitimación se ha concluido –a pesar del tenor literal del art. 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil– que por sí sola no basta para justificar la oposición y que es necesario que la sociedad aporte, a su vez, prueba que demuestre que no reúne tal condición, pretendiendo con ello no introducir un desequilibrio en el principio de igualdad jurídica de las partes intervinientes que evidentemente la Ley no pretende (*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 los solicitantes un principio de prueba: copia del acta de la junta celebrada el día 29 de julio de 2019 de la que resulta la asistencia de los hoy solicitantes en concepto de socios 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 los solicitantes no ostentasen la condición de socio. Mas bien lo contrario pues afirmando la existencia de motivos distintos para la iniciación del expediente a la mera restitución de sus aportaciones les está reconociendo su condición de socios.

Por otro lado, las alegaciones de la recurrente intentan trasladar a los peticionarios 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 socio no lo es, por lo que no cabe sino reconocer que están legitimados para solicitar la designación de experto.

4. Tampoco son aceptables los motivos que hacen referencia a que la finalidad de la solicitud consiste en desestabilizar la sociedad o trastocar su funcionamiento causándole un perjuicio económico.

El procedimiento administrativo de designación de experto independiente se regula en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil. Con carácter expreso establece el artículo 363.1del 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, la pertinencia de nombramiento de un experto independiente que determine el valor razonable de las acciones o participaciones sociales determinando así lo que constituye la competencia del registrador mercantil y de esta Dirección General en alzada.

Consecuencia de la naturaleza limitada del procedimiento que da lugar a la presente, y de su naturaleza escrita sólo 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.»

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. 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.

Así ocurre con el motivo que se refiere a la finalidad oculta o maliciosa de la solicitud. Es doctrina muy consolidada de esta Dirección que siendo indiscutible que nuestro ordenamiento jurídico no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo pues el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización de buena fe (art. 7 del Código Civil), también lo es que la apreciación de tales circunstancias resulta imposible en 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 (art. 117 de la constitución Española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y resoluciones de 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 y 22 de febrero y 13 de marzo, 4 de mayo y 6 de junio de 2018).

La posible existencia o no de consecuencias económicas adversas tampoco puede enervar el hecho de que los solicitantes reúnen los requisitos legales para que por parte del registrador se designe experto independiente al amparo de la previsión del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital. Como resulta de la regulación legal (*vide* art. 356 de la Ley de Sociedades de Capital), el reembolso del valor razonable determinado por el experto independiente (art. 354), es una obligación de la sociedad que puede ser llevada a cabo de distintas formas pero que no condiciona el ejercicio del derecho individual del socio reconocido en el artículo 348 bis de la propia Ley.

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 (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.» 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.

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...».

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Segovia, doña María Ángeles de Echave-Sustaeta y de la Torre de fecha 19 de septiembre de 2019.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 3 de enero de 2020 (1.ª).–Firmado: El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.

Resolución de 3 de enero de 2020 (2.ª)

En el expediente 167/2019 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Viajes Timanfaya, S.L.»

HECHOS

I

Doña C.V.M. presentó un escrito de fecha 3 de agosto de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Lanzarote, en el que solicitó, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio de «Viajes Timanfaya, 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 al amparo del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

Fundamenta su solicitud en los siguientes extremos de acuerdo a la documentación que se acompaña:

a) Que la sociedad celebró junta general el dia 28 de junio de 2019 resolviendo en contra del reparto de dividendo pese a existir beneficios durante los tres últimos ejercicios. Que el solicitante votó en contra e hizo constar su protesta.

Acompaña a la solicitud copia del acta de la junta general de la sociedad celebrada el dia 28 de junio de 2019. De dicho documento resulta que la junta general se constituye con la presencia de dos socios; entre ellos la hoy solicitante debidamente representada. También resulta que los dos socios (que representan el 57,63% y el 38,14% conforman el capital social), de común acuerdo deciden celebrar junta general ordinaria con el siguiente orden del dia por lo que es de interés para la presente: Examen y aprobación, si procede, de las cuentas anuales, balance de situación y cuenta de explotación correspondiente al ejercicio cerrado el dia 31 de diciembre de 2018. Resulta que por unanimidad se designa al socio mayoritario como presidente de la junta y a otro señor (distinto del representante de la socia instante), como secretario, firmando la conformidad con la constitución y con los asuntos a tratar. Resulta igualmente que se aprueban las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018 con el voto del 57,63% correspondiente al otro socio con un resultado positivo del ejercicio. Se afirma que se adjunta por la representación de la socia solicitante documento que queda unido reiterándose la protesta por la insuficiencia de los dividendos repartidos. Consta que el acta es aprobada por la mayoría y firmada por todos los asistentes.

Forma parte del acta un documento del representante de la solicitante del que resulta, entre otras cuestiones que no afectan a la presente, la advertencia de que el voto será negativo si no existe una propuesta de reparto del dividendo de al menos el 40% así como que se hará constar la oportuna protesta.

b) Que notificó mediante burofax a la sociedad de ejercicio de su derecho de separación y propuesta de valoración. Se acompaña copia.

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 carece de legitimidad por cuanto las obligaciones legales derivadas de la actividad de agencias de viajes exigen la tenencia permanente y presentación de aval bancario razón por la que no se puede atender el requerimiento de la solicitante sin poner en riesgo la propia actividad de la empresa, circunstancia que conoce la solicitante. 2.º Que en la instancia de solicitud se incumplió el artículo 17 de los estatutos por actuar por medio de tercera persona y rechazar el representante dejar constancia del poder en el acta de la junta y por vulnerarse dicho precepto por cuanto el poder notarial presentado en dicho acto no recoge el total patrimonio de la solicitante lo que ahora se pone de manifiesto y sanciona de invalidez su participación en dicho acto. Que siendo inválida su participación mal puede ejercer su pretendido derecho ni puede estar legitimada la solicitante.

III

El registrador mercantil de Lanzarote, don Emilio Campmany Bermejo dictó resolución en fecha 3 de octubre de 2019 por la que acordó no proceder a lo solicitado por cuanto no resulta la correcta celebración de la junta de fecha 28 de junio de 2019 al no resultar del acta presentada el cumplimiento de las circunstancias y requisitos establecidos legal y estatutariamente.

IV

Doña C.V.M., por escrito de fecha 21 de octubre 2019, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a, resumidamente, los siguientes argumentos: Que a pesar del requerimiento que hizo a la administración para que estuviese notario presente en la junta general, que fue obviado, aceptó la constitución de la mesa aceptando su celebración. Que en cuanto a la legalidad de la convocatoria se acompaña documento de convocatoria. Que el socio minoritario no tiene forma ni posibilidad de acreditar ante el Registro Mercantil el cumplimiento de las formalidades de la convocatoria. Que el derecho de separación se ejercito en plazo legal. Que se desconoce si la sociedad se opuso o no pues no ha existido traslado de documento alguno. Que en el expediente consta la documentación de respaldo. Que el Tribunal Supremo ha afirmado que el derecho de separación nace por la adopción del acuerdo social previsto legalmente y desde la aprobación del acta. Que la cuestión sobre la validez de la junta corresponderá en su caso decidirla al juzgado correspondiente. Que a pesar de que el Registro Mercantil tiene encomendado velar por la legalidad de los actos no puede imponer al socio minoritario la aportación de documentación que no está a su alcance. Que el expediente de designación de experto no constituye un acto de calificación registral como ha recordado 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; 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, 11 de junio, 2, 4 y 23 de octubre, 6, 14, 22, 23, 26 y 28 de noviembre y 17 y 18 de diciembre de 2018 y 14 y 21 (primera y segunda) de febrero, 7, 26 (primera, segunda y tercera), 28 (primera y segunda), y 29 de marzo, 15 y 22 (primera, segunda y tercera), de abril, 10 (tercera y quinta), y 16 (primera, segunda y tercera), de mayo y 6 (tercera y sexta) y 26 (quinta y sexta), de junio de 2019.

1. Una socia de sociedad de responsabilidad limitada ejerce el derecho de separación como consecuencia de los acuerdos adoptados en junta general convocada por el otro socio y administrador. Tras la oposición de la sociedad el registrador rechaza la solicitud porque de la documentación aportada no

puede determinarse la validez de la junta en la que se adoptaron los acuerdos que dan lugar al ejercicio del derecho de separación.

2. Esta Dirección no puede confirmar la resolución del registrador mercantil. El modo en que se ha instruido el expediente exige 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 363.1del 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 de conocimiento 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 (art. 117 de la constitución Española en relación a los arts. 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y resoluciones de este Centro 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 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.

De conformidad con las anteriores consideraciones no constituye el objeto de la presente, como ha quedado acreditado, si la previa convocatoria o si la misma reunión había sido realizada o no de conformidad con las exigencias legales o estatutarias. Lo trascendente es que habiéndose declarada por todos los asistentes válidamente constituida la junta y habiéndose desarrollado la misma y sus acuerdos plasmados en el acta a que se refiere el artículo 202 de la Ley de Sociedades de Capital, queda abierta la vía jurisdiccional para que quien ostente la debida legitimación ejercite, en su caso, las acciones previstas en el ordenamiento (art. 204 de la Ley). Es cierto que si los acuerdos son inscribibles en el Registro Mercantil el registrador mercantil debe calificar su legalidad de conformidad con la exigencia del artículo 18 del Código de Comercio, pero no puede confundirse dicha competencia, que se inserta dentro del procedimiento registral cuando se solicita la modificación del contenido del Registro Mercantil, con la derivada del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital para ejercer el derecho de separación. A diferencia del anterior, este procedimiento no tiene por objeto la determinación de si se debe o no inscribir un acuerdo social en función de su validez sino estrictamente determinar si, como consecuencia de la adopción de determinados acuerdos y del subsiguiente ejercicio del derecho de separación, procede que el registrador designe experto independiente.

Del supuesto de hecho resulta que en la junta general a que el mismo se refiere están presentes dos socios con capital que representa el 95,77% del capital social, que consienten en celebrar junta general, que designado presidente y secretario los asistentes aceptan la constitución de la junta y los asuntos a tratar; consta que el acta es aprobada por mayoría y que la firman todos los presentes.

La sociedad, en su turno de oposición, no discute la valida constitución de la junta ni de los acuerdos adoptados por lo que no cabe gravar a la solicitante con la aportación de unos eventuales documentos que, de existir, están bajo la custodia del órgano de administración. La solicitante ha acreditado la existencia de la junta y de los acuerdos de lo que se derivaría la existencia de su derecho de separación, que acredita haber ejercitado.

Procede en consecuencia la revocación de la resolución del registrador mercantil sin perjuicio de lo que consta a continuación.

3. Con la finalidad de contestar el escrito de oposición, que no discute que la socia reúna los requisitos para ejercer el derecho de separación, y no provocar tacha de nulidad esta Dirección resuelve lo siguiente:

En primer lugar, resulta irrelevante a los efectos de la presente que la sociedad en concreto deba atender a determinadas obligaciones legales derivadas del desarrollo de la actividad que constituye su objeto social. Es reiterada doctrina de esta Dirección General que el derecho de separación surge cuando

se reúnen los requisitos legales exigidos al efecto por lo que la exigencia de cumplimiento de cualesquiera otros carece de cobertura.

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.

Constituye obligación del órgano de administración procurar que la sociedad cumpla sus obligaciones sin merma de los derechos individuales del socio y si, como consecuencia de su ejercicio, sufre aquella o puede sufrir un perjuicio económico no por ello queda el socio desposeído de los derechos que la Ley le reconoce.

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 (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.» 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.

Los efectos que produce el ejercicio del derecho de separación es idéntico cualquiera que sea el supuesto en que se ampare (*vide* arts. 348 y 353 a 359 de la Ley de Sociedades de Capital), como idéntica es la ausencia del requisito a que hace referencia la sociedad. 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...».

El mismo destino desestimatorio merece el motivo que hace referencia a la falta de legitimad del representante de la socia hoy solicitante en la junta en la que se acordó el acuerdo que da lugar a la presente. La sociedad afirma que el hecho de que el representante no dejase la copia de poder en virtud del que actuaba en poder de la sociedad o el hecho de que no recogiese el total patrimonio de la representada son cuestiones que caen por completo fuera del

alcance del presente expediente que, como se ha fundamentado, no tiene por objeto determinar si la constitución de la junta fue o no válida en función del poder exhibido por un representante, como no tiene por objeto la valoración de la conducta de los asistentes que afirmaron expresamente aceptar su constitución.

Esta Dirección General ha resuelto estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Lanzarote, don Emilio Campmany Bermejo fecha 3 de octubre de 2019.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 3 de enero de 2020 (2.ª).–Firmado: El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.

Resolución de 3 de enero de 2020 (3.ª)

En el expediente 168/2019 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Española de Productos Químicos Industriales, S.A.»

HECHOS

I

Don M. de J. R. I., presentó un escrito de fecha 18 de septiembre de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, 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 de «Española de Productos Químicos Industriales, 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 al amparo de la previsión del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

Fundamenta su solicitud en los siguientes extremos de acuerdo a la documentación que se acompaña:

a) Que la sociedad celebró junta general el día 17 de junio de 2019 en la que el hoy solicitante hizo constar de modo expreso su protesta por la insuficiencia del reparto de dividendos acordados.

Acompaña copia del acta de la junta general de la sociedad celebrada en la fecha indicada. Del acta resulta la asistencia del hoy solicitante, así como la aprobación de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018. Consta igualmente que antes de entrar en el punto del orden del dia correspondiente a la aplicación del resultado, el hoy solicitante hace constar su protesta de «que no se han repartido dividendos ni este último ejercicio ni en los tres anteriores y que se deberían haber repartido como mínimo el 25% conforme a la Ley de Sociedades de Capital.». Consta igualmente su voto en contra de la propuesta de aplicación del resultado, así como la reiteración de su protesta.

b) Que el dia 15 de julio de 2019 notificó a la sociedad, mediante burofax, el ejercicio de su derecho de separación, así como propuesta de llevar a cabo la valoración de las acciones o de que se haga por un tercero de los que señala. Se acompaña copia, así como el certificado de entrega en fecha 16 de julio.

Se acompaña otro escrito por el que su representación letrada del solicitante señala que la valoración recibida de la sociedad no es aceptable por lo que se propone que se alcance un acuerdo sobre determinadas bases.

Se acompaña otro escrito del solicitante dirigido a la sociedad en el que notifica el comienzo del procedimiento previsto en 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 la sociedad ha sido informada de que distintos socios han impugnado el acuerdo tercero de la junta de fecha 17 de junio de 2019 relativo a la aplicación del resultado. Que la sociedad entiende que de prosperar la demanda no procedería el ejercicio de derecho de separación alguno. 2.º Que la sociedad considera que los acuerdos son nulos por los mismos motivos que los expresados en la demanda: en primer lugar, porque se hizo creer a los socios en la imposibilidad de acordar el reparto de dividendos una vez aprobadas las cuentas anuales lo que provocó el vicio de consentimiento al ejercer su derecho de voto de determinados socios; en segundo lugar, porque de la situación así generada resulta un claro abuso de derecho. Que el consejo de administración decidió no convocar nueva junta para anular el acuerdo anterior porque no habría sido oponible al socio que ha ejercitado el derecho de separación resultando una iniciativa inútil.

Se acompaña copia de la demanda presentada por distintos socios de la sociedad Española de Productos Químicos Industriales, S.A. por la que se solicita la declaración de nulidad del acuerdo adoptado en la junta general de 17 de junio de 2019 de no reparto de dividendos, así como la declaración de nulidad del derecho de separación ejercitado.

III

La registradora mercantil de Madrid núm. 17, doña Carmen de Grado Sanz dictó resolución en fecha 14 de octubre de 2019 por la que acordó suspender el procedimiento de designación de experto independiente hasta que recaiga resolución judicial firme en el procedimiento correspondiente.

IV

Don M. de J. R. I., por escrito de fecha 29 de octubre de 2019, que tuvo entrada el día 6 de noviembre 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 a la fecha del escrito de oposición no existía admisión a trámite de la demanda por lo que no existía procedimiento jurisdiccional en curso, 2.º Que la finalidad de la interposición de la demanda no es otra que convertir un procedimiento reglado y ágil en un tortuoso camino a fin de doblegar al minoritario. Que resulta sorprendente que la demanda sea presentada por cinco socios y que inmediatamente la sociedad disponga de la misma con pleno conocimiento de su contenido y que incluso afirme su allanamiento. Que sorprende que la registradora no haya detectado el fraude procesal así derivado como derivado de otros hechos que se exponen y sobre los que se extiende el escrito. 3.º Que de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo y de la Audiencia de la Coruña (con cita de sentencias), el ejercicio del derecho de separación corresponde al socio desde que se adopta el acuerdo que lo justifica y la sociedad debe, desde el momento de su ejercicio, actuar de buena fe. 4.º Que tanto el letrado como el propio órgano de administración de la sociedad pueden incurrir en responsabilidad como consecuencia del allanamiento a la demanda. 5.º Que la registradora no resuelve lo solicitado si no que acuerda la suspensión del nombramiento cuando no ha existido tal. Que si la demanda no llega a admitirse no existirá nunca la resolución firme que reclama la registradora. Que en España para que haya sentencia firme puede transcurrir un largo periodo de tiempo. Que la resolución causa indefensión porque no resuelve si procede o no la designación de experto. Que es doctrina consolidada de la Dirección General de los Registros y del Notariado que la actuación del registrador no invade las funciones jurisdiccionales por lo que la registradora no debería haber dejado en suspenso el procedimiento pues su resolución en nada habría afectado a la hipotética recaída en un procedimiento judicial.

V

Mediante escrito de fecha 12 de diciembre de 2019, con entrada en el Registro Mercantil el dia inmediato posterior, la sociedad realiza las siguientes alegaciones que se reproducen de forma abreviada: 1.º Que del artículo 410 de la Ley de Enjuiciamiento Civil resulta que los efectos de la demanda se producen desde su presentación si es admitida. Que se acompaña emplazamiento dirigido a la sociedad por el Juzgado de lo Mercantil núm. 13 de Madrid para que conteste a la demanda. Que siendo los acuerdos impugnados claramente nulos la resolución de la registradora es congruente y motivada. 2.º Que se niega el fraude procesal afirmándose la actuación de la sociedad conforme a derecho.

Se acompaña copia de la citación de cuyo contenido resulta la existencia de decreto de admisión de la demanda.

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, 11 de junio, 2, 4 y 23 de octubre, 6, 14, 22, 23, 26 y 28 de noviembre y 17 y 18 de diciembre de 2018.

1. Acordada por una sociedad anónima la aprobación de la propuesta de aplicación de resultado que no incluía reparto alguno de dividendo, un socio ejercita su derecho de separación y solicita del Registro Mercantil la designación de experto independiente al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital. La sociedad se opone alegando, entre otras circunstancias que no son relevantes para la presente, la existencia de una demanda de impugnación del acuerdo de aprobación de la propuesta de aplicación del resultado. La registradora mercantil acuerda la suspensión del procedimiento en tanto no se le acredite la existencia de resolución judicial firme. El solicitante recurre.

2. Es patente que procede la desestimación del recurso. 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). Esta doctrina ha sido reiterada en sede de recursos contra la resolución por la que se estima o desestima la solicitud de designación de experto independiente al amparo de la regulación del artículo 353 del Reglamento del Registro Mercantil para aquellos supuestos en que está bajo conocimiento jurisdiccional el fundamento en el que se basa el ejercicio del derecho de separación (Resoluciones de 16 y 28 de noviembre de 2017, 26 de enero de 2018 y de 14 de febrero, 29 de marzo y 15 de abril de 2019).

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.».

Para el supuesto concreto del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, así lo afirma 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. 6 LJV), 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).

3. En el expediente que da lugar a la presente resulta acreditado por la sociedad tanto la existencia de una demanda civil sobre la anulación de un acuerdo social (si bien es cierto como pone de relieve el recurrente que en un primer momento no constaba acreditada su admisión), como el hecho de que su resultado le afectaría de forma esencial por referirse al acuerdo sobre la

propuesta de aplicación del resultado. Resulta evidente que el ejercicio del derecho de separación se fundamenta en el hecho de que la sociedad haya adoptado válidamente el acuerdo previsto legalmente. Si como consecuencia de su impugnación, la validez del acuerdo que sirve de fundamento al ejercicio del derecho de separación está en entredicho, el registrador no puede pronunciarse sobre la concurrencia de los requisitos precisos para reconocer o no la existencia del derecho de separación y, en consecuencia, sobre la procedencia de designar un experto independiente.

Acreditado en el expediente tanto la existencia de la impugnación por vía jurisdiccional como que el objeto de la litis es el acuerdo en el que el solicitante fundamenta el ejercicio de su derecho, no resta sino confirmar la resolución sin que ninguno de los otros motivos alegados pueda desvirtuar esta afirmación.

4. Esta Dirección General sólo puede confirmar el hecho de que la registradora cuya resolución se impugna no haya hecho pronunciamiento alguno sobre la alegada existencia de un fraude procesal.

Con carácter expreso establece el artículo 363.1del 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 de conocimiento 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 (art. 117 de la constitución Española en relación a los arts. 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y resoluciones de este Centro 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 la registradora, o esta Dirección en alzada, se pronuncie sobre cuestiones que caen fuera de la mera apreciación de si concurren los requisitos legalmente establecidos para la designación de experto independiente, cuestiones que además están reservadas al conoci-

miento de jueces y tribunales como es la valoración de la conducta de las partes en el proceso.

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.

Por los mismos motivos no cabe un pronunciamiento sobre si la actuación de la sociedad responde a las exigencias de la buena fe o sobre si existe o no responsabilidad derivada de los hechos que han llevado a la situación actual. Todas ellas son cuestiones completamente ajenas al objeto del expediente y que, en su caso, habrán de ser valoradas en el procedimiento judicial que corresponda.

No puede tampoco afirmar que la actuación de la registradora, en ejercicio de sus competencias, deriva en una indefensión del solicitante cuando es precisamente su actuación de acuerdo a las previsiones de la Ley la que salvaguarda los distintos intereses de las partes en el procedimiento. Si, como ha quedado acreditado en las consideraciones anteriores, el ordenamiento jurídico impone la suspensión del procedimiento cuando la base sobre la que se asienta el reconocimiento del derecho del solicitante está siendo objeto de conocimiento por los tribunales de justicia, no existe indefensión por la aplicación de la previsión legal para el supuesto de hecho.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Madrid núm. 17, doña Carmen de Grado Sanz de fecha 14 de octubre de 2019.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia

donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 3 de enero de 2020 (3.ª).–Firmado: El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.

Resolución de 27 de enero de 2020 (1.ª)

En el expediente 177/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Construcciones Salvadores Calero, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó escrito de fecha 22 de marzo de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Cádiz, 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 titular de más del 5% del capital social de «Construcciones Salvadores Calero, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

II

Traslada la petición a la sociedad, ésta se opuso a la pretensión de la socia por medio de escrito suscrito por don ….. en su condición de administrador único de la sociedad, según manifiesta, alegando, en esencia, que en el acuerdo adoptado en la Junta General Ordinaria de la compañía celebrado en el Puerto de Santa María el 13 de junio de 2017 se acordó el nombramiento de un auditor.

III

Con fecha 16 de julio de 2019 se requiere a la sociedad por parte del Registro Mercantil para que dentro del plazo al efecto señalado inscriba el nombramiento de auditor, ponga a disposición del socio el informe de auditoría o bien incorpore el citado informe al propio expediente de nombramiento registral. El plazo primeramente concedido fue posteriormente ampliado a instancia de la sociedad requerida; y, finalmente en este punto, y según resulta del expediente, por escrito de fecha 14 de agosto de 2019, don ….., administrador único de la sociedad, alega imposibilidad de contactar con el auditor nombrado a fin de recabar su aceptación.

IV

La registradora mercantil de Cádiz I, doña Ana M.ª del Valle Hernández, dictó resolución de fecha 30 de agosto de 2019, por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

V

Don ….. en su condición de administrador único de la sociedad, por escrito de fecha 4 de octubre de 2019, que tuvo entrada el día 10 del mismo mes en el Registro Mercantil de Cádiz, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, alegando, en esencia, abuso de derecho por parte de la socia solicitante, en concreto, ser de aplicación a su solicitud el artículo 7 del Código Civil, debiendo estar al nombramiento voluntario antes expresado de 13 de junio de 2017.

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 los motivos alegados por la sociedad, reducidos en esencia al abuso de derecho por parte de la socia solicitante, no pueden imponerse al derecho individual del socio a que las cuentas del ejercicio sean objeto de auditoría.

Así, es doctrina consolidada de esta Dirección que siendo indiscutible que nuestro ordenamiento jurídico no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo por lo que el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización de buena fe (art. 7 del Código Civil), también lo es que la apreciación de tales circunstancias resulta imposible en un procedimiento como el presente cuyo limitado conocimiento material y competencial lo impide, sin perjuicio del derecho de los interesados a acudir a los Tribunales de Justicia en defensa de su posición jurídica (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010 y 11 de marzo de 2014, entre otras).

El objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital prevé para que se acuerde la pertinencia de nombramiento de auditor a instancia de la mino-

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

Directamente relacionado con lo anterior, el interés de la socia que reclama el nombramiento de auditor no es ni puede ser objeto de valoración en el estrecho ámbito de este expediente. Como es doctrina reiterada (*vide* resoluciones de 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010, entre otras), el objeto de este procedimiento se limita a determinar si concurren o no los requisitos legales para la procedencia de nombramiento de auditor a instancia de la minoría sin que dentro de su estrecho cauce pueda pretenderse el conocimiento de otras materias reservadas a otras Administraciones o a los Tribunales de Justicia (arts. 354.3 y 359 del Reglamento del Registro Mercantil). Si la parte recurrente plantea cuestiones que tienen por objeto la valoración de la conducta del solicitante debe actuar en la instancia que en cada caso sea competente sin que puedan impedir que el socio ejercite debidamente el derecho que le reconoce el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. Consecuentemente, y por disposición expresa de la Ley, si concurren los requisitos legalmente establecidos prevalece el derecho del socio minoritario, aunque su ejercicio suponga para la sociedad un coste económico como resulta claramente del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

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 2018.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Cádiz I, doña Ana M.ª del Valle Hernández, de fecha 30 de agosto de 2019, por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su

notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 27 de enero de 2020 (1.ª).–Firmado: El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.

Resolución de 27 de enero de 2020 (5.ª)

En el expediente 1/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Zhora Robotics, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., en representación de don ….., presentó escrito de fecha 4 de diciembre de 2019 dirigido al registro mercantil de Córdoba, en el que tuvo su entrada el día 10 del mismo mes y año, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 del Reglamento del Registro Mercantil, el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes a los ejercicios 2017 y 2018 de la mercantil «Zhora Robotics, S.L».

II

El registrador mercantil de Córdoba, don Rafael Castiñeira Fernández-Medina, dictó resolución con fecha 12 de diciembre de 2019 por la que acordó la inadmisión de la solicitud del nombramiento del auditor por extemporánea, vista la fecha de entrada de la petición y los estatutos sociales inscritos en el registro mercantil en cuestión, al haber transcurrido con creces los tres meses desde la fecha de cierre del ejercicio social que determina el artículo 265 de la Ley de Sociedades Capital.

III

Don ….., en representación de don ….., por escrito de fecha 30 de diciembre de 2019, que se presentó en el Registro Mercantil el mismo día 30 del referido mes, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General alegando, en esencia, que el espíritu de la ley es la protección de los accionistas minoritarios, lo cual es una cuestión de orden público.

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.

Considerando el plazo de presentación de la solicitud que tuvo lugar con fecha 10 de diciembre de 2019, el solicitante interesa el nombramiento de auditor para verificar las cuentas anuales correspondientes a los ejercicios 2017 y 2018 de la compañía «Zhora Robotics, S.L.», no puede sino resolverse que la solicitud se encuentra fuera de plazo, dado además lo dispuesto en el artículo 18 de los propios estatutos de la sociedad según registro mercantil en los que se establece que «los ejercicios sociales comienzan el 1 de enero y finalizan el 31 de diciembre de cada año natural».

Por tanto, presentada la instancia de solicitud en el Registro en fecha 10 de diciembre de 2019, debe concluirse que la misma se presentó fuera de plazo, no respetándose el plazo previsto en los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359.1 del Reglamento del Registro Mercantil, que establecen como uno de los requisitos para proceder al nombramiento de auditor en este procedimiento precisamente que no hayan transcurrido tres meses desde la fecha de cierre del ejercicio social.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso por extemporáneo y confirmar la resolución del registrador mercantil de Córdoba, don Rafael Castiñeira Fernández-Medina de fecha 12 de diciembre de 2019.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 27 de enero de 2020 (5.ª).–Firmado: El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.

Resolución de 13 de febrero de 2020 (1.ª)

En el expediente 2/2020 sobre nombramiento de auditor excepcional a instancia de la sociedad «Moldeo Técnico, S.A.».

HECHOS

I

Por escrito de fecha 10 de enero de 2020, con entrada en este Ministerio el día 15 del mismo mes y año, la registradora mercantil de Barcelona VII, doña Carmen Gómez-Meana Crespo, de conformidad con lo establecido en el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil, remite a esta Dirección General expediente en relación con el nombramiento de auditor de cuentas solicitado para el ejercicio 2018 de la sociedad «Moldeo Técnico, S.A.», a los efectos previstos en el citado artículo 356 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 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, dirigida al registro mercantil de Barcelona, de fecha 4 de diciembre de 2019, formulada por don ….., en nombre y representación de la mercantil solicitante, en su condición de Consejero Delegado solidario de la misma. Asimismo, forma parte del expediente el informe de fecha 10 de enero de 2020 de la registradora mercantil de Barcelona VII, doña Carmen Gómez-Meana Crespo, del que se deduce que puede entenderse justificada la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor de cuentas solicitado para el ejercicio 2018 de la sociedad «Moldeo Técnico, S.A.», y elevando el expediente a esta Dirección General.

III

De la solicitud inicial de nombramiento de auditor de fecha 4 de diciembre de 2019, dirigida al registro mercantil de Barcelona, formulada por don ….., en nombre y representación de la mercantil solicitante, en su condición de Consejero Delegado solidario de la misma, al amparo del artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como circunstancias especiales que justificarían el nombramiento de auditor de las cuentas anuales de la sociedad para el ejercicio social en persona determinada, según criterio y manifestación del solicitante resulta, en esencia:

1.º Una vez cerrado el ejercicio social del 2018 y transcurrido prácticamente todo el ejercicio 2019, en concreto, en fecha 6 de noviembre del 2019, le fue notificada fehacientemente la renuncia de los auditores en su momento nombrados, «Fiscaudi Auditores Asociados, S.A.». Acción esta que, según manifiesta el interesado en su escrito, ha resultado gravosa y perjudicial para la sociedad, pues desde el mes de enero 2019 que se le pagó el importe solicitado para la prestación del servicio, ha actuado bajo la íntima y absoluta con-

fianza conforme el servicio se estaba prestando de forma regular, y la negativa de realizar la auditoría transcurrido el plazo legalmente establecido supone un quebranto en la confianza, pues se ha visto privado para la presentación de cuentas anuales, con los riesgos y daños que ello implica para clientes, proveedores y terceros en general, entre quien se encuentran sus propias entidades financieras.

2.º La causa alegada de posible objetividad, viene dada por la íntima relación de la empresa en auditoría con la empresa que ha venido prestando servicios de asesoramiento fiscal, siendo ambas personas hermanos y dicha circunstancia es de nacimiento y por profesión, la cual es de imposible variación.

Los motivos a la renuncia son espurios, y ajenos al interés de la mercantil «Moldeo Técnico, S.A.», dado que el pasado mes de septiembre esta empresa despidió al anterior Consejero Delegado Sr. José Luis del Camino quien tenía y tiene intereses personales y directos con la firma de auditora «Fiscaudi Auditores Asociados, S.A.». En la actualidad, sigue exponiendo el interesado en su escrito, «Moldeo Técnico, S.A.» atraviesa una situación delicada económica y financieramente, que en estos momentos hace peligrar la viabilidad futura de la empresa, estando en vías de solución a través de inyección de capital, para lo que se precisa tener las cuentas registradas y auditadas.

3.º Es por todo ello que a la compañía le interesa que los mismos auditores de cuentas nombrados para los ejercicios 2019 a 2021, es decir, la sociedad «Morera Auditores, S.L.», realizaran la auditoría correspondiente al ejercicio 2018 evitando costes adicionales, facilitando el funcionamiento normal de la gestión de la sociedad, evitando perturbar la actividad productiva de la sociedad y duplicidades, así como facilitando la realización de la auditoría en un menor plazo de tiempo, contribuyendo a restablecer el orden necesario para intentar salvar la compañía de posibles medidas traumáticas.

4.º Por todo lo anterior, concluye su escrito el interesado, en base a lo anteriormente expuesto, y dada la excepcionalidad de la situación, se solicita proceda este Registro Mercantil y, en su defecto, la Dirección General del Registro y Notariado, al nombramiento de la sociedad «Morera Auditores, S.L.» como auditores de las Cuentas Anuales del ejercicio cerrado a 31 de diciembre del 2018.

IV

Por su parte, la registradora mercantil de Barcelona VII, doña Carmen Gómez-Meana Crespo, emite informe de fecha 10 de enero de 2020 del que se deduce que puede entenderse justificada la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor de cuentas solicitado para el ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2018 de la sociedad «Moldeo Técnico, S.A.», elevando el expediente a esta Dirección General de conformidad con el artículo 356.1 del Reglamento del Registro Mercantil.

En concreto, del informe de la registradora se desprende que resultaría procedente el nombramiento de auditor de cuentas solicitado para el ejercicio cerrado a 31 de diciembre del 2018 al concurrir las siguientes circunstancias excepcionales previstas en el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil:

1.º Haber sido inscrito el nombramiento de la mercantil «Morera Auditores, S.L.» para verificar las cuentas anuales correspondientes a los ejercicios 2019, 2020 y 2021.

2.º La concurrencia de volumen económico significativo, así como el perjuicio causado a la misma por la renuncia del auditor previamente inscrito.

3.º El hecho que la mercantil «Morera Auditores, S.L.» ya se encuentra realizando labores de verificación contable de la sociedad peticionaria conociendo el día a día y la operativa de la misma, y que podría no estar económicamente justificado para la sociedad

el nombramiento de un auditor distinto al peticionado, máxime cuando su independencia, objetividad e imparcialidad están garantizadas por la legislación que regula la auditoría de cuentas.

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, la registradora mercantil de Barcelona VII, doña Carmen Gómez-Meana Crespo, emite informe de fecha 10 de enero de 2020, del que se deduce que puede entenderse justificada la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor cuentas solicitado para el ejercicio cerrado a 31 de diciembre del 2018, en los términos que han sido expuestos.

4. A la luz de las consideraciones anteriores, de los hechos expuestos y del informe de fecha 10 de enero de 2020 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 a ejercicio cerrado a 31 de diciembre del 2018 de la sociedad en cuestión 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 en cuestión sea hecha por la misma auditora encargada de la revisión de las cuentas anuales de la misma sociedad para los ejercicios 2019, 2020 y 2021, lo que determinaría por la sociedad auditora un adecuado conocimiento de las

circunstancias contables de la mercantil solicitante; no estando además económicamente justificado el nombramiento de un auditor distinto para llevar a cabo el mismo cometido.

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 «Moldeo Técnico, S.A.», a fin de que verifique las cuentas anuales correspondientes al ejercicio cerrado a 31 de diciembre del 2018, al resultar del expediente que en la sociedad solicitante concurren causas que así lo justifican.

2.º Autorizar la registradora mercantil de Barcelona VII, doña Carmen Gómez-Meana Crespo, a nombrar a «Morera Auditores, S.L.», con inscripción en el ROAC número S0926 –según resulta del expediente– como auditor de cuentas de la sociedad, para la revisión de sus cuentas anuales correspondientes al ejercicio cerrado a 31 de diciembre del 2018, 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.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 13 de febrero de 2020 (1.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 13 de febrero de 2020 (2.ª)

En el expediente 4/2020 sobre nombramiento de auditor excepcional a instancia de la sociedad «Holaluz-Clidom, S.A.».

HECHOS

I

Por escrito de fecha 20 de enero de 2020, con entrada en este Ministerio el día 21 del mismo mes y año, el registrador mercantil de Barcelona VIII, don Nicolás Nogales Colmenarejo, de conformidad con lo establecido en el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil, remite a esta Dirección General expediente en relación con el nombramiento de auditor de cuentas consolidadas solicitado para el ejercicio cerrado a 30 de septiembre de 2019 de la sociedad «Holaluz-Clidom, S.A.», a los efectos previstos en el citado artículo 356 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 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, dirigida al registro mercantil de Barcelona, de fecha 20 de diciembre de 2019, formulada por doña ….., en nombre y representación de la mercantil solicitante, como presidenta del consejo de administración de la misma. Asimismo, forma parte del expediente el informe de fecha 20 de enero de 2020 del registrador mercantil de Barcelona VIII, don Nicolás Nogales Colmenarejo, del que se deduce que puede entenderse justificada la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor de cuentas consolidadas solicitado para el ejercicio cerrado a 30 de septiembre de 2019 de la sociedad «Holaluz-Clidom, S.A.», y elevando el expediente a esta Dirección General.

III

De la solicitud inicial de nombramiento de auditor de fecha 20 de diciembre de 2019, dirigida al registro mercantil de Barcelona, formulada por doña ….., en nombre y representación de la mercantil solicitante, como presidenta del consejo de administración de la misma, al amparo del artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como circunstancias especiales que justificarían el nombramiento de auditor de las cuentas anuales de la sociedad para el ejercicio social en persona determinada, según criterio y manifestación de la solicitante resulta, en esencia:

1.º Que la compañía «Ernst & Young, S.L.» fue recientemente nombrada como auditor de la compañía para la verificación de las cuentas anuales y que dicho nombramiento fue inscrito en fecha 29 de mayo de 2019, al tomo 42.658, folio 199, hoja B405378.

2.º Que, en el marco de la actual verificación de las cuentas anuales de la compañía, «Ernst & Young, S.L.» ha manifestado que cabe la interpretación que la compañía esté

obligada, asimismo, a la verificación de las cuentas anuales consolidadas y, en su caso, del informe de gestión por auditor de cuentas.

3.º Que, habida cuenta que la entidad «Ernst & Young, S.L.», es el auditor de cuentas de la compañía, se considera que el auditor designado para la verificación de las cuentas consolidadas de la compañía no debería ser un auditor diferente, habida cuenta que dicho auditor no habría auditado las cuentas anuales de la compañía (la cual representa, prácticamente, la totalidad de la actividad de su grupo), y que tampoco habría tenido acceso a los papeles de trabajo de los auditores de cuentas de la compañía.

4.º Que, en este sentido se ha pronunciado el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas en varias consultas, como sería la consulta núm. 1 (BOICAC 48/Diciembre de 2001), por la que entiende que, si el auditor designado es diferente del auditor de cuentas de la compañía, en tales circunstancias no podrá obtener la evidencia necesaria sobre la información contenida en las citadas cuentas que le permita formarse una opinión sobre las mismas, por lo que, consecuentemente, tendrá que emitir un informe con opinión denegada, conforme a lo establecido en las normas técnicas de auditoría.

5.º Que, asimismo, y siguiendo también el criterio de consultas emitidas por el propio Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, la designación de «Ernst & Young, S.L.» como auditor de las cuentas anuales consolidadas de la compañía supondría un menor coste para la misma habida cuenta del conocimiento que ostenta de la sociedad en cuestión.

6.º Por todo lo anterior, habiendo finalizado el ejercicio y no habiendo sido nombrado auditor de las cuentas anuales consolidadas por la Junta General de Accionistas de la Compañía, y a tenor del escrito inicial, se solicita se proceda al nombramiento de la entidad «Ernst & Young, S.L.», con CIF número B78970506, inscrita en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas (ROAC) con el número S0530, con domicilio social en Madrid, calle Raimundo Fernández Villaverde, 65 e inscrita en el Registro Mercantil de Madrid, al Tomo 12.749, folio 215, hoja M-23123, como auditor de «Holaluz-Clidom, S.A», para que la misma realice la verificación de las cuentas anuales consolidadas y, en su caso, del informe de gestión, relativas al ejercicio económico 2019, en los términos y a los efectos previstos en el artículo 265.1 Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

IV

Por su parte, el registrador mercantil de Barcelona VIII, don Nicolás Nogales Colmenarejo, emite informe de fecha 20 de enero de 2020 del que se deduce que puede entenderse justificada la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor de cuentas consolidadas solicitado para el ejercicio cerrado a 30 de septiembre de 2019 de la sociedad «Holaluz-Clidom, S.A.», elevando el expediente a esta Dirección General de conformidad con el artículo 356.1 del Reglamento del Registro Mercantil.

En concreto, del informe del registrador se desprende que resultaría procedente el nombramiento de auditor de cuentas consolidadas solicitado para el ejercicio cerrado a 30 de septiembre de 2019 al concurrir las siguientes circunstancias excepcionales previstas en el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil:

1. La sociedad ha depositado cuentas del ejercicio anterior en las que la cuenta de pérdid*a*s y ganancias no ha sido abreviada.
2. La compañía «Holaluz-Clidom, S.A.» manifiesta que está obligada a formular cuentas e informe de gestión consolidados.
3. Concurren presupuestos reveladores de volumen económico significativo.

4. La mercantil en cuestión tiene nombrado como auditor de cuentas de la sociedad por el periodo inicial de tres años a «Ernst & Young, S.L.» para los ejercicios terminados el 30 de septiembre de 2018, 2019 y 2020.

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 Barcelona VIII, don Nicolás Nogales Colmenarejo, emite informe de fecha 20 de enero de 2020, del que se deduce que puede entenderse justificada la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor cuentas consolidadas solicitado para el ejercicio cerrado a 30 de septiembre de 2019, en los términos que han sido expuestos.

4. A la luz de las consideraciones anteriores, de los hechos expuestos y del informe de fecha 20 de enero de 2020 del registrador mercantil de Barcelona VIII, don Nicolás Nogales Colmenarejo, resulta la concurrencia de circunstancias especiales que justifican la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor consolidadas a ejercicio cerrado a 30 de septiembre de 2019 por cuanto concurren presupuestos reveladores de volumen económico significativo y conveniencia de que la elaboración y auditoría de las cuentas anuales consolidadas de la sociedad peticionaria del ejercicio en cuestión sea hecha por la misma auditora encargada de la revisión de las cuentas anuales de la sociedad «Holaluz-Clidom, S.A.» para los ejercicios cerrados a 30 de septiembre de los años 2018, 2019 y 2020, lo que deter-

mina por la sociedad auditora un adecuado conocimiento de las circunstancias contables de la mercantil solicitante, así como del marco regulatorio de su actividad; no estando además económicamente justificado el nombramiento de un auditor distinto para llevar a cabo el mismo cometido.

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 «Holaluz-Clidom, S.A.», a fin de que verifique las cuentas anuales consolidadas correspondientes al ejercicio cerrado a 30 de septiembre de 2019, al resultar del expediente que en la sociedad solicitante concurren causas que así lo justifican.

2.º Autorizar al registrador mercantil de Barcelona VIII, don Nicolás Nogales Colmenarejo, a nombrar a «Ernst & Young, S.L.», con inscripción en el ROAC número S0530 –según resulta del expediente– como auditor de cuentas de la sociedad, para la revisión de sus cuentas anuales consolidadas correspondientes al ejercicio cerrado a 30 de septiembre de 2019, de conformidad con el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil.

3.º Devolver el expediente al registro mercantil de Barcelona VIII a fin de que proceda al referido nombramiento.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 13 de febrero de 2020 (2.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 13 de febrero de 2020 (3.ª)

En el expediente 170/2019 sobre nombramiento de auditor por concurrir circunstancias extraordinarias a instancia de la sociedad «Connectis Managed Cloud España, S.L.U».

HECHOS

I

Por el Registro Mercantil de Barcelona V se remite a esta Dirección General de los Registros y del Notariado expediente para el nombramiento de auditor de conformidad con el artículo 356.1 del Reglamento Registro Mercantil, formando parte de dicho expediente los documentos que se relacionan en los siguientes antecedentes.

II

Así, por escrito de don ….., como administrador único de la mercantil «Connectis Managed Cloud España, S.L.U», y tras sendos requerimientos del Registro Mercantil al efecto atendidos por el solicitante, en virtud del artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil, viene a solicitar que se proceda al nombramiento como auditor de cuentas a la entidad «Grant Thornton, S.L.P.» para que, efectúe la verificación de las cuentas anuales de la mercantil en cuestión correspondientes al ejercicio 2016.

III

De dicha solicitud y de los anexos a la misma se desprende, en esencia:

1.º Que la citada sociedad está obligada a la verificación de las cuentas anuales y, en su caso, el informe de gestión por auditor de cuentas.

2.º Que ha finalizado el ejercicio a auditar y no ha sido nombrado auditor de cuentas por la Junta.

3.º Solicitar la designación de la mercantil «Grant Thornton, S.L.P.» por los motivos que detalla, en concreto, los siguientes:

a) «Grant Thornton, S.L.P.» es la empresa auditora de las empresas del gripo al que pertenece «Connectis Managed Cloud España, S.L.», por lo que tiene un buen conocimiento del contexto, actividad y gestión de la sociedad.

b) «Grant Thornton, S.L.P.» es la empresa auditora de la sociedad nombrada por el socio único de «Connectis Managed Cloud España, S.L.» para auditar los ejercicios 2017, 2018 y 2019.

c) Que, en el año 2016 el socio único de «Connectis Managed Cloud España, S.L.» no nombró auditor de la sociedad a «Grant Thornton, S.L.P.» para auditar las cuentas de ese ejercicio ya que fue constituida en ese mismo año 2016 y, en ese momento, se entendió que no se darían las condiciones para auditar a la sociedad en dicho ejercicio, conforme al artículo 263.3 de la Ley de Sociedades de Capital.

IV

Por su parte, el registrador mercantil de Barcelona V, don Jesús Santos y Ruiz de Eguilaz, emite informe de fecha 8 de noviembre de 2019 del que se deduce que puede entenderse justificada la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor para el ejercicio 2016, elevando el expediente a esta Dirección General de conformidad con el artículo 356.1 del Reglamento del Registro Mercantil.

En concreto, del informe del registrador se desprende que resultaría procedente el nombramiento de auditor para la verificación contable del ejercicio 2016 al concurrir presupuestos reveladores de volumen económico significativo, que la sociedad «Grant Thornton, S.L.P.» ha sido designada por las sociedades del grupo al que pertenece la mercantil en cuestión, lo que determina por la sociedad auditora un adecuado conocimiento de las circunstancias contables de la mercantil solicitante y que la mercantil «Connectis Managed Cloud España, S.L.» también ha nombrado a «Grant Thornton, S.L.P.» para la auditoría de las cuentas anuales correspondientes a los ejercicios 2017, 2018 y 2019.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Visto lo dispuesto en el artículo 42 del Código de Comercio, artículos 263, 264 y 265 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Capital y artículos 355 y 356 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.

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

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

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

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

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

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

De lo anterior cabe concluir que el Reglamento del Registro Mercantil sólo considera que procede nombramiento de auditor fuera del procedimiento ordinario cuando el volumen y el movimiento económico de la sociedad son reveladores de un tamaño que justifica que las labores de auditoría sean 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 y sus anexos a que se refieren los números II y 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 dichos números.

3. Por su parte, el registrador mercantil de Barcelona V, don Jesús Santos y Ruiz de Eguilaz, emite informe de fecha 8 de noviembre de 2019, del que se deduce que puede entenderse justificada la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor cuentas solicitado para el ejercicio 2016, en los términos que han sido expuestos.

4. A la luz de las consideraciones anteriores, de los hechos expuestos y del informe de fecha 8 de noviembre de 2019 del registrador mercantil de Barcelona V, don Jesús Santos y Ruiz de Eguilaz, resulta la concurrencia de circunstancias especiales que justifican la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor para el ejercicio 2016, por cuanto concurren presupuestos reveladores de volumen económico significativo y conveniencia de que la elaboración y auditoría de las cuentas anuales del ejercicio 2016 de la sociedad peticionaria sea hecha por la misma auditora encargada

de la revisión de las cuentas anuales de la misma sociedad para los ejercicios 2017, 2018 y 2019, lo que determinaría por la sociedad auditora un adecuado conocimiento de las circunstancias contables de la mercantil solicitante; no estando además económicamente justificado el nombramiento de un auditor distinto para llevar a cabo el mismo cometido.

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 «Connectis Managed Cloud España, S.L.», a fin de que verifique las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016, al resultar del expediente que en la sociedad solicitante concurren causas que así lo justifican.

2.º Autorizar al registrador mercantil de Barcelona V, don Jesús Santos y Ruiz de Eguilaz, a nombrar a «Grant Thornton, S.L.P.», con inscripción en el ROAC número S0231 -según resulta del expediente-como auditor de cuentas de la sociedad, para la revisión de sus cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016, de conformidad con el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil.

3.º Devolver el expediente al registro mercantil de Barcelona V a fin de que proceda al referido nombramiento.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 13 de febrero de 2020 (3.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 26 de febrero de 2020 (1.ª)

En el expediente 174/2019 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Lorogar, S.A.»

HECHOS

I

Don J.M.G., actuando en representación de la sociedad Colina 11 S.L., presentó un escrito de fecha 9 de octubre de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Granada, en el que tuvo su entrada el día 11 posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio su representada de « Lorogar, 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 ejercitado al amparo del artículo 15 de la Ley 3/2009, de 3 de abril.

Fundamenta su solicitud en los siguientes extremos de acuerdo a la documentación que se acompaña:

a) Que la sociedad celebró junta general el día 5 de julio de 2019 en la que se acordó, con el voto en contra de la sociedad representada, la transformación en sociedad de responsabilidad limitada.

Resulta del expediente copia del acta autorizada por el notario de Granada don Álvaro E. Rodríguez Espinosa el día 12 de junio de 2019 en la que el administrador solidario de la sociedad Lorogar S.A. requiere la presencia del notario en la junta a celebrar el día 5 de julio de 2019. De la diligencia de la misma fecha resulta que se constituye la junta general con asistencia de la totalidad de los socios. Resulta igualmente que en relación al cuarto punto del orden del día: examen y aprobación, en su caso, de la transformación de la sociedad en sociedad de responsabilidad limitada, vota en contra el socio hoy solicitante y el resto de socios a favor por lo que se declara aprobada la transformación propuesta. Con el mismo resultado se aprueban los puntos quinto, examen y aprobación, en su caso, del balance de transformación y sexto, aprobación de los estatutos que regirán la sociedad limitada.

b) Que la sociedad solicitante ejercitó en tiempo y forma su derecho de separación.

Acompaña copia del burofax de fecha 9 de julio y fecha de entrega 10 de julio de 2019 conteniendo una carta dirigida a la sociedad en la que se le hace saber el ejercicio del derecho de separación al amparo del artículo 15 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, así como que se le emplaza para iniciar las negociaciones para determinar el valor razonable de las acciones.

Consta igualmente copia del acta de notificación y requerimiento autorizada el día 11 de julio de 2019 por la notaria de Granada doña María Teresa Barea Martínez por la que la sociedad hoy solicitante notifica y requiere la entrega de una carta a la sociedad lo que se llevó a cabo por medio de entrega de cédula el día 15 de julio de 2019. Del acta resulta la comparecencia del administrador de la sociedad Lorogar S.A. al efecto de entregar a la notaria copia de dos correos electrónicos intercambiados por las partes.

Acompaña copia del acta de manifestaciones, de presencia y de protocolización autorizada por la misma notario en fecha 19 de septiembre de 2019 por la que el administrador de la sociedad Lorogar S.A. le hace entrega de una carta por la que la sociedad se opone al ejercicio del derecho de separación con fundamento en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital por no concurrir los requisitos reglamentarios así como establece los criterios objetivos para determinar el valor razonable de la sociedad.

c) Que no ha sido posible alcanzar un acuerdo con la sociedad que incluso niega la pertinencia del derecho de separación.

d) Que el valor real de la compañía es muy superior al que consta en libros lo que debe tenerse en cuenta a la hora de realizar la valoración solicitada.

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 concurren los requisitos para reconocer el derecho de separación por cuanto el socio no hizo constar en el acta de la junta su intención de ejercerlo. Que como cualquier otro derecho debe ejercerse conforme a las exigencias de la buena fe sin sobresaltos para la sociedad. Que el ejercicio de este derecho exige como requisito adicional un anuncio previo con cita de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 81/2015, de 26 de marzo. 2.º No está documentada la falta de acuerdo entre la sociedad y el socio sobre el valor razonable de las participaciones por lo que falta un elemento esencial para la designación. Que el valor razonable debe hacerse teniendo en cuenta determinados criterios que expone.

III

La registradora mercantil de Granada núm. 2, doña María Cristina Palma López dictó resolución en fecha 12 de noviembre de 2019 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 353 de la Ley de Sociedades de Capital.

IV

Don C.E.S.R. y don F.A.M.G., como administradores de la sociedad, por escrito de fecha 4 de diciembre de 2019, que tuvo entrada el día 5 inmediato posterior en el Registro Mercantil de Granada, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base, resumidamente, a los siguientes motivos: 1.º Que reiterando los argumentos del escrito de oposición, el socio no hizo constar en el acta de la junta general de socios su intención de ejercer el derecho de separación conforme a lo previsto en el artículo 15 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, debiéndose interpretar esta norma como cualquier otra en el sentido de que todo derecho debe ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe (con cita de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 81/2015), Como consecuencia la junta no ha podido conocer, debatir y decidir sobre el ejercicio del derecho. 2.º Que no está documentada la falta de acuerdo entre la sociedad y el socio sobre el valor razonable de las acciones tal y como se hizo constar 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 Públi-

cas, 346 y ss. de la Ley de Sociedades Capital; 8, 10, 14, 15, 18, 19 y 46 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. Acordada por sociedad anónima su transformación en sociedad de responsabilidad limitada, uno de los socios que no votó a favor de la transformación, ejerce su derecho de separación. La registradora resuelve inadmitir la oposición de la sociedad la cual recurre ante esta Dirección General en base a los mismos argumentos en que fundamentó su oposición.

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

La amplitud con la que el legislador ha regulado el derecho de separación se ha extendido, en parte, al régimen jurídico de las sociedades anónimas como resulta de la simple comparación entre el régimen de la derogada Ley (*vide* arts. 147, 149 227 y 320 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, con el vigente artículo 346 de la Ley de Sociedades de Capital). El fundamento en este caso, es la protección de la minoría que aún en sociedades abiertas, como son las sociedades anónimas, precisan de la tutela del ordenamiento cuando las modificaciones impuestas por la mayoría puedan afectar al núcleo de sus derechos individuales.

El derecho de separación es igualmente reconocido en el supuesto de la transformación de sociedad tal y como recoge el artículo 15 de la Ley 3/2009,

de 3 de abril, de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, en los siguientes términos: «*1. Los socios que no hubieran votado a favor del acuerdo podrán separarse de la sociedad que se transforma, conforme a lo dispuesto para las sociedades de responsabilidad limitada.*» El fundamento es la modificación del régimen de circulación de las acciones que, al transformarse en participaciones sociales de sociedad de responsabilidad limitada, ven restringida la posibilidad de tráfico sin que el socio haya votado a favor de dicha restricción. Es de nuevo la alteración esencial de los elementos configuradores de la sociedad la que justifica el reconocimiento legal del derecho individual del socio a separarse de la sociedad.

3. Como ha afirmado este Centro Directivo (*vide* resoluciones de 3 de noviembre de 2014 y 21 de enero de 2015), resulta indubitadamente de la regulación legal que el derecho de separación corresponde a los socios cuando concurren las circunstancias previstas en la Ley (art. 346 de la Ley de Sociedades de Capital y 15 de la Ley 3/2999, de 3 de abril), o en los estatutos (art. 347), momento en el que pueden ejercitarlo unilateralmente sin necesidad de previo acuerdo social (art. 348), y sin perjuicio de las consecuencias que se deriven de la falta de consenso sobre el valor de las acciones o participaciones, la persona que ha de llevar a cabo la valoración o el procedimiento para llevarlo a cabo (art. 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.

4. A la luz de las anteriores consideraciones el recurso no puede prosperar pues ninguno de sus motivos puede enervar el hecho de que concurren los requisitos legalmente establecidos para el ejercicio del derecho de separación y, subsiguientemente, para que se designe experto a instancia de parte.

El motivo que hace referencia a que el socio disidente no ha hecho constar en el acta su intención de ejercitar su derecho de separación ni ha hecho constar en el acta su oposición al acuerdo adoptado no puede enervar la conclusión anterior.

El precepto en que se fundamenta el ejercicio del derecho de separación no exige ni una cosa ni la otra por lo que no puede elevarse a requisito legalmente exigible.

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 precisa del conocimiento previo o anticipado, 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.

Es cierto que, como dice la sociedad recurrente, todo ejercicio un derecho debe ejercitarse de conformidad con las reglas de la buena fe, pero de aquí no cabe inducir un motivo de apreciación de su motivo. El procedimiento administrativo de designación de experto independiente se regula en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil. Con carácter expreso establece el artículo 363.1del 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, la pertinencia de nombramiento de un experto independiente que determine el valor razonable de las acciones o participaciones sociales determinando así lo que constituye la competencia del registrador mercantil y de esta Dirección General en alzada.

Consecuencia de la naturaleza limitada del procedimiento que da lugar a la presente, y de su naturaleza escrita sólo 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.»

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 15 de la 3/2009, de 3 de abril, de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles puedan derivarse debe hacerlo en el procedimiento judicial que corresponda. 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.

Es doctrina muy consolidada de esta Dirección que siendo indiscutible que nuestro ordenamiento jurídico no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo pues el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización de buena fe (art. 7 del Código Civil), también lo es que la apreciación de tales circunstancias resulta imposible en 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 (art. 117 de la constitución Española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y resoluciones de 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).

5. Por semejantes razones debe desestimarse el motivo en cuanto pretende convertir en exigencia legal lo que no resulta del artículo 15 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles, en concreto, la ausencia de protesta o reserva de ejercicio del derecho en el acta de la junta general.

Es cierto que dicho requisito sí que tiene fuerza legal en otro supuesto de regulación del derecho de separación, pero dicha especialidad del supuesto no puede predicarse con carácter general.

La Ley 11/2018, de 28 de diciembre por la que se modifica el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad, dispone en su artículo 2, apartado sexto que el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital pasa a tener una nueva redacción, redacción que, en lo que ahora interesa dice así: «… el socio que hubiera hecho constar en el acta su protesta por la insuficiencia de los dividendos reconocidos tendrá derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de,..»

Pero este requisito introducido por la reforma legal mencionada ni puede aplicarse a supuestos anteriores a su entrada en vigor ni a supuestos distintos de los previstos en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital como es el que nos ocupa. Hasta la entrada en vigor de dicha reforma la doctrina reiterada de esta Dirección General era precisamente que no cabía la exigencia de un requisito, como es la protesta, que no resultaba del tipo legal. Como reiteró esta Dirección General (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 entonces vigente, exigía únicamente que el socio no hubiera votado a favor de una propuesta que no contemplase el reparto, en forma de dividendo, del resultado obtenido en el ejercicio en la proporción mínima que dicho precepto contemplaba.

Así ocurre también en el supuesto del artículo 15 de la Ley 3/2009, de 3 de abril que no exige otro requisito para el ejercicio del derecho de separación por causa de transformación que el voto en contra del socio disidente.

No desvirtúa lo anterior la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.ª) Sentencia núm. 81/2015, de 26 marzo que lo recurrentes interpretan de un modo insostenible y que, en cualquier caso, falla en el sentido de reconocer el derecho de separación al socio que votó en el sentido previsto por el ordenamiento jurídico, sin más requisitos.

6. Tampoco es aceptable el motivo que hace referencia a que no consta documentado en el expediente el hecho de la falta de acuerdo de las partes.

Como ha quedado expuesto por extenso, 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 (art. 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.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Granada núm. 2, doña María Cristina Palma López de fecha 12 de noviembre de 2019.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia

donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 26 de febrero de 2020 (1.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 26 de febrero de 2020 (2.ª)

En el expediente 175/2019 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Parking Los Carmenes, S.L.»

HECHOS

I

Don J.M.G., actuando en representación de la sociedad Colina 11 S.L., presentó un escrito de fecha 9 de octubre de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Granada, en el que solicitó, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio su representada de «Parking Los Carmenes, S.L., 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 ejercitado al amparo del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

Fundamenta su solicitud en los siguientes extremos de acuerdo a la documentación que se acompaña:

a) Que la sociedad celebró junta general el día 5 de julio de 2019 con un orden del día en el que se encontraba el punto relativo a la propuesta de aplicación del resultado de los ejercicios 2016 y 2017. Que en relación al resultado de 2016, la sociedad a quien representa votó a favor del reparto de dividendo haciéndolo el resto de socios a la aplicación a reservas. La sociedad hizo constar en el acta su protesta.

Acompaña copia simple del acta autorizada por el notario de Granada don Álvaro E. Rodríguez Espinosa en fecha 12 de junio de 2019 por la que el administrador solidario de la sociedad Parking Los Carmenes, S.L. le requiere a fin de que presencie la junta general convocada para ser celebrada el día 5 de julio de 2019 con un orden del día que comprende, entre otros, el siguiente punto del orden del día: «Propuesta de aplicación del resultado de los ejercicios 2016 y 2017». Aceptado el requerimiento y por diligencia de fecha 5 de julio de 2019, el notario hace constar la declaración de válida constitución de la junta con la presencia del cien por cien del capital social. Tras la aprobación del primer punto del orden del día relativo a la aprobación de las cuentas correspondientes a los ejercicios 2016 y 2017, se entra en el relativo a la propuesta de aplicación del resultado. Resulta que la hoy solicitante se opone a la propuesta de destinar la totalidad del beneficio a reservas legales y voluntarias solicitando reparto de beneficios hasta el máximo legal. Sometida la propuesta

a votación es aprobada con el voto en contra de la hoy solicitante que hace constar su protesta en relación al punto del orden del día.

b) Que la sociedad ejercicio su derecho de separación y lo notificó a Parking Los Carmenes, S.L. en plazo legal.

Acompaña copia de una carta remitida por medio de burofax con fecha de imposición 9 de julio de 2019, de cuyo contenido resulta la notificación del ejercicio del derecho de separación como consecuencia de los acuerdos adoptados en la junta general de fecha 5 de julio del mismo año.

Acompaña copia del acta notarial autorizada el día 11 julio de 2019 por la notaria de Granada doña María Teresa Barea Martínez por la que la sociedad Colina 11 S.L., hace idéntica notificación. La entrega consta por diligencia de fecha 15 de julio de 2019. Consta diligencia de contestación.

c) Que iniciado un periodo de conversaciones entre la sociedad y el hoy solicitante no se ha llegado a ningún acuerdo. Que existen determinadas variables que deben tenerse en cuenta para la valoración de las participaciones. Que habiéndose solicitado designación de experto en relación a otras dos sociedades por el mismo socio solicita se designe al mismo experto por razones de economía procesal.

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 no hizo constar su intención de ejercer el derecho de separación, derecho de que debe ser ejercido de conformidad con las exigencias de la buena fe, por lo que la sociedad no ha podido debatir sobre el mismo. 2.º Que no concurren los requisitos establecidos en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital por cuanto la ausencia de distribución de beneficios debe referirse al momento en que se pretenda la separación. 3.º Que no consta documentada la falta de acuerdo entre la sociedad y el socio sobre el valor razonable de las participaciones sociales. Que los criterios de valoración merecen una serie de puntualizaciones.

III

La registradora mercantil de Granada núm. 2, doña María Cristina Palma López dictó resolución en fecha 12 de noviembre de 2019 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 353 de la Ley de Sociedades de Capital.

IV

Don C.E.S.R. y don F.A.M.G., como administradores de la sociedad, por escrito de fecha 4 de diciembre de 2019, que tuvo entrada el día 5 inmediato posterior en el Registro Mercantil de Granada, interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base, resumidamente, a los siguientes motivos: 1.º Que la falta de anuncio en el desarrollo de la junta de la intención de ejercer el derecho de separación no sólo resultó contrario a la buena fe sino que contradijo la exigencia legal que debe interpretarse en el sentido de propiciar los acuerdos, como el de reducción, que correspondan. 2.º Que el ejercicio del derecho de separación debe referirse al último ejercicio como prueba que de nombrarse experto la valoración deberá hacerse en relación al valor actual. 3.º Que

no han existido negociaciones para la determinación del valor razonable por lo que no se cumple con el artículo 353 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, 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, 11 de junio, 2, 4 y 23 de octubre, 6, 14, 22, 23, 26 y 28 de noviembre y 17 y 18 de diciembre de 2018.

1. Un socio de sociedad de responsabilidad limitada solicita de la registradora mercantil la designación de experto independiente como consecuencia del ejercicio del derecho de separación ejercitado al amparo del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. La registradora desestima la oposición de la sociedad y resuelve la procedencia de designación de experto independiente al amparo de la previsión del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital. La sociedad recurre en los términos que resultan de los hechos.

2. En sede de ejercicio del derecho de separación, 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 corresponde a los socios su ejercicio cuando concurran las circunstancias previstas en la Ley (art. 346 de la Ley de Sociedades de Capital), o en los estatutos (art. 347), momento en el que pueden ejercitarlo unilateralmente sin necesidad de previo acuerdo social (art. 348), y sin perjuicio de las consecuencias que se deriven de la falta de consenso sobre el valor de las participaciones o acciones, la persona que ha de llevar a cabo la valoración o el procedimiento para llevarlo a cabo (art. 353).

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 pre-

vistos 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.

También ha afirmado esta Dirección que es la regulación legal o estatutaria la que 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. En definitiva, es el exacto cumplimiento de los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico el que determina que un socio pueda ejercer su derecho de separación y, en su caso, instar del registrador mercantil la designación de un experto independiente en los términos previstos en el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital.

Establecido lo anterior, el artículo 348 bis reformado, en la parte que interesa a la presente, dice así: «1. Salvo disposición contraria de los estatutos, transcurrido el quinto ejercicio contado desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad, el socio que hubiera hecho constar en el acta su protesta por la insuficiencia de los dividendos reconocidos tendrá derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, el veinticinco por ciento de los beneficios obtenidos durante el ejercicio anterior que sean legalmente distribuibles siempre que se hayan obtenido beneficios durante los tres ejercicios anteriores…»

Es la concurrencia de los requisitos derivados del precepto, y no otros, lo que determina la posibilidad de ejercer el derecho de separación y de instar del registrador mercantil la designación de experto a que se refiere el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital.

3. A la luz de la regulación legal procede desestimar el motivo que afirma que no procede afirmar la existencia del derecho de separación porque la sociedad Colina 11 S.L., no anunció en la junta general su intención de ejercitar su derecho de separación impidiendo así a la propia junta debatir y evaluar la situación en relación a los eventuales acuerdos que hubieran de acordarse.

El argumento es insostenible por introducir un requisito no previsto legalmente tal y como por extenso ha quedado razonado. 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 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.

En definitiva, el ejercicio del derecho de separación no altera, modela, condiciona ni restringe las facultades y competencias de la sociedad para actuar y para llevar a cabo los actos precisos para ejecutar las consecuencias que de su ejercicio se deriven (art. 356 de la Ley de Sociedades de Capital).

4. Igual destino desestimatorio merece el argumento de que no cabe reconocimiento del derecho de separación porque los acuerdos adoptados en 2019 se refieren a las cuentas correspondientes a los ejercicios 2016 y 2017.

Fundamenta la sociedad su argumentación en la propia literalidad del precepto que regula el nacimiento del derecho de separación. Dice así el artículo 348.1 de la Ley de Sociedades de Capital en lo parte que ahora interesa: «… en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, el veinticinco por ciento de los beneficios obtenidos durante el ejercicio anterior que sean legalmente distribuibles...»

Ciertamente el precepto se refiere a la distribución de beneficios obtenidos durante el ejercicio anterior (en plena coincidencia con la redacción anterior a la reforma de 2018), 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 (art. 253 de la Ley de Sociedades de Capital), como le corresponde al órgano de administración la convocatoria de la junta general para su aprobación (art. 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. Aún en este supuesto la junta conserva intacta su competencia (art. 164). En consecuencia, el retraso en la formulación de las cuentas o en su presentación ante la junta general para su aprobación, cualquiera que sea su causa, no puede resultar en un perjuicio para los socios que conservan igualmente sus derechos de asistencia, de

voto y, en su caso, de separación. La interpretación contraria lleva a la absurda conclusión de que bastaría retrasar la formulación o presentación de las cuentas anuales a la junta general para su aprobación para que el derecho individual de los socios previsto en el artículo no pudiera nacer en ningún caso.

5. También procede desestimar la alegación de que no ha quedado acreditado en el expediente la existencia de negociaciones entre las partes que exige el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital de donde se deriva una actuación del socio contraria a la buena fe.

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 (art. 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.

Si la sociedad considera que de la conducta del socio que se separa se deriva una situación de mala fe, 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 (art. 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 (art. 117 de la constitución Española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y resoluciones de este Centro en sede de designación de auditores de 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010, entre otras).

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Granada núm. 2, doña María Cristina Palma López de fecha 12 de noviembre de 2019.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 26 de febrero de 2020 (2.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 26 de febrero de 2020 (3.ª)

En el expediente 176/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Fide Madrid Gestión, S.L.»

HECHOS

I

Don C.D.F.M., presentó un escrito de fecha 9 de septiembre de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 40 del Código de Comercio y como socio de «Fide Madrid Gestión, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

Fundamenta su interés legítimo en una serie de hechos de los que hace una prolija exposición y que pueden resumirse así:

a) Que la junta general de la sociedad celebrada el día 28 de junio de 2019 aprobó las cuentas anuales correspondientes al ejercicio cerrado el día 31 de diciembre de 2018 con su voto en contra, tras una solicitud reiterada de información que no fue debidamente satisfecha.

b) Que en el transcurso de dicha asamblea general no se autorizó por el administrador único la formulación de preguntas.

c) Que las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018, con el antecedente de los dos ejercicios anteriores, están impugnadas judicialmente por las irregularidades que de las mismas resultan.

d) Que del análisis del balance, de su patrimonio neto y pasivo, de su cuenta de explotación y de su memoria resultan datos que precisan de explicación.

e) Que la existencia de irregularidades ha provocado la interposición de una querella ante el juzgado de instrucción que se encuentra en curso y por presuntos delitos de apropiación indebida, delito continuado de administración desleal, delito societario y falsedad en documento mercantil.

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 acredita que dispone de toda la información que precisa o pudiese precisar en relación a las cuentas del ejercicio 2018 por lo que no puede sostenerse que no ha tenido acceso a su conocimiento. Que el interés del solicitante es más bien doblegar a la mayoría social al no aceptar las reglas de funcionamiento de las sociedades de capital. 2.º Que como resulta de su escrito el asunto se conoce por el juzgado de instrucción bajo cuya dirección debe determinarse si existen o no las irregularidades alegadas y no por un informe de auditoría que ya no podrá emitirse con objetividad si resulta ser cierta su afirmación de que las cuentas no reflejan la realidad. Que el solicitante podría haber solicitado la designación de auditor para la verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2018 para que fuese presentado el informe antes de su aprobación de donde resulta que la solicitud constituye un abuso de derecho o un fraude de ley que no debe ser amparado.

III

El registrador mercantil de Madrid núm. 2, don Manuel Ballesteros Alonso dictó resolución en fecha 4 de noviembre de 2019 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado, con fundamento en que la sociedad no ha acreditado falta de legitimación del solicitante.

IV

Don F.M.M, como administrador único de la sociedad, por escrito de fecha 2 de diciembre de 2019, 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 a los que añade, resumidamente, que el solicitante carece de interés legítimo por ser el suyo espurio por no ser su interés conocer lo que ya conoce si no adecuar la voluntad de la mercantil a sus intereses personales. Del escrito de recurso resulta que el recurrente recibió la notificación de la resolución del registrador el día 7 de noviembre de 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, artículo 40 del Código de Comercio, 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil; sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), 312/2008 de 9 mayo, sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11.ª), de 29 noviembre 2002, sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 8.ª), 322/2010 de 15 julio y auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.ª), 148/2009 de 2 septiembre, así como las resoluciones de esta Dirección General de fechas 6 de abril, 14 de junio (primera y segunda) y 5 de julio (primera y segunda), de 1917, así como las citadas en el texto

1. Un socio de una sociedad de responsabilidad limitada solicita del registrador la designación de auditor, al amparo del artículo 40 del Código de Comercio, para la verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2018 en los términos que resultan de su solicitud. El registrador accede y la sociedad recurre, en esencia, porque niega la legitimación del solicitante.

2. La cuestión se centra por consiguiente en determinar si el solicitante ostenta o no el interés legítimo a que se refiere el artículo 40 del Código de Comercio en su redacción dada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

El artículo 40 del Código de Comercio establece lo siguiente: «1. Sin perjuicio de lo establecido en otras leyes que obliguen a someter las cuentas anuales a la auditoría de una persona que tenga la condición legal de auditor

de cuentas, y de lo dispuesto en los artículos 32 y 33 de este Código, todo empresario vendrá obligado a someter a auditoría las cuentas anuales ordinarias o consolidadas, en su caso, de su empresa, cuando así lo acuerde el Secretario judicial o el Registrador mercantil del domicilio social del empresario si acogen la petición fundada de quien acredite un interés legítimo. Antes de estimar la solicitud, el Secretario judicial o el Registrador mercantil deberán exigir al solicitante que adelante los fondos necesarios para el pago de la retribución del auditor. La sociedad únicamente podrá oponerse al nombramiento aportando prueba documental de que no procede el mismo o negando la legitimación del solicitante.»

El precepto es sumamente escueto en lo que a legitimación para instar la solicitud se refiere si bien de su contenido resulta con claridad que la legitimación no es universal y que, en consecuencia, no siempre procede la designación de auditor. Así resulta del propio precepto que afirma que no procederá cuando la sociedad aporte prueba documental al respecto o cuando no exista legitimación. Más adelante, el propio precepto aclara, en cuanto a la improcedencia, que: «3. El Secretario judicial o el Registrador mercantil desestimará la solicitud de auditoría cuando, antes de la fecha de la solicitud, 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.»

Por lo que a la legitimación se refiere, siendo claro que el Código de Comercio la contempla con gran amplitud, lo es igualmente que no toda solicitud de designación de auditor está amparada legalmente. El Código exige que exista un interés, que sea legítimo y que conste acreditado.

Es preciso que exista un interés, es decir, una situación jurídica que precise de protección y que sin la adopción de la medida solicitada quede desamparada por el ordenamiento. El interés ha de ser actual, no pretérito, y decae si por cualquier circunstancia deja de existir o deja de ser protegible (por ejemplo, porque la actuación solicitada esté protegida por alguna otra medida que proporcione su satisfacción). Así lo entiende el propio artículo 40 para el supuesto de que exista previa designación de auditor para el mismo ejercicio económico.

El interés ha de ser legítimo en cuanto no contrario a Derecho. Es ilegítimo el interés si con su ejercicio no se pretende la satisfacción de una necesidad propia sino una situación dañosa para la sociedad u otra finalidad ilícita. Es ilícito el interés si contraría los actos propios (*vide* la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 noviembre 2002, Sección 11.ª, para un supuesto en el que el solicitante de una auditoría consolidada había ostentado la presidencia de la sociedad y el cargo de consejero delegado y había incumplido reiteradamente sus deberes de convocatoria de junta)

Para que sea legítimo el interés ha de ser directo en cuanto la situación necesitada de protección debe estar ligada con el remedio que se solicita, de

modo que sea razonable concluir, conforme al recto criterio humano, que de obtener satisfacción se producirá o se podrá producir un alivio de aquella. Por esta razón el interés ha de ser proporcionado a la solución que se demanda pues el ordenamiento jurídico no busca la satisfacción de la necesidad de un sujeto jurídico en detrimento innecesario de la de otro (*vide* la Sentencia núm. 322/2010 de 15 julio de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 8.ª; *vide* igualmente el Auto núm. 148/2009 de 2 septiembre de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15.ª). En cualquier caso, dependerá de la finalidad y objetivos que se persigan con la designación del auditor la calificación que merezca el interés, lo que nos lleva a la siguiente cuestión.

El interés ha de ser acreditado. Expresamente así lo exige el artículo 40 del Código de Comercio. No basta afirmar que se ostenta el interés, es preciso que se ponga de manifiesto ante quien debe decidir la procedencia de designación de auditor mediante la aportación de la documentación que proceda. Como resulta de la Sentencia de nuestro Tribunal Supremo 312/2008 de 9 mayo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), procede la designación de auditor al amparo del artículo 40 del Código de Comercio si se acredita debidamente el interés legítimo del solicitante. Como afirma el Auto núm. 148/2009 de 2 septiembre de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15.ª, citado por el recurrente: «el control de la procedencia de este nombramiento y, por ende, de la verificación de las cuentas anuales anteriores pivotará sobre la valoración del interés legítimo aducido, pues no cualquier interés justificará la adopción de esta auditoría».

3. A la luz de las consideraciones anteriores el recurso no puede ser estimado pues del conjunto de la documentación que integra el expediente resulta con claridad la concurrencia de interés legítimo del solicitante. El solicitante acredita un interés actual, conforme a derecho, directo y proporcionado por lo que no cabe sino confirmar la procedencia de la estimación que el registrador ha llevado a cabo en su resolución.

Los argumentos de contrario no pueden enervar la conclusión anterior. En primer lugar, porque no puede sostenerse que por disponer de información sobre las cuentas anuales el socio no pueda solicitar su auditoría. Esta Dirección General ha afirmado en numerosísimas ocasiones que no puede confundirse el derecho de información con el derecho a solicitar la auditoria de las cuentas anuales (*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* arts. 196 y 197 en relación

con los artículos 253 y 272 de la Ley de Sociedades de Capital). Téngase en cuenta que el objeto de este expediente no es determinar si el socio minoritario puede acceder o no a la información contable o si la que dispone es o debe considerarse como suficiente sino si tiene derecho a que se designe un auditor a fin de obtener una opinión técnica, independiente e imparcial sobre si las cuentas «expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación.» (art. 4.1 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de cuentas).

4. El hecho de que un juzgado de instrucción esté conociendo de determinado procedimiento penal, en los términos que resultan de los hechos, tampoco tiene trascendencia a los efectos de la presente pues el ámbito de actuación de la jurisdicción penal no interfiere, en principio, en la resolución de la solicitud de designación de auditor.

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 ocurre en el expediente a que se refiere la presente en el que no resulta que el conocimiento que está desarrollando la jurisdicción penal pueda tener relevancia alguna en el expediente. Las cuestiones que, conforme al expediente, se están ventilando en el ámbito jurisdiccional penal no se refieren a la legitimación del actor por lo que ni suspenden la competencia administrativa ni interfieren en la resolución de la presente. Con independencia de cuales sean las eventuales consecuencias penales del ejercicio de la querella, el solicitante tiene legitimación para la solicitud de designación de auditor al amparo del artículo 40 del Código de Comercio.

5. Tampoco tiene relevancia el hecho de que el socio pudiera haber solicitado en su día la designación de auditor al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital ni la conclusión que de ello deriva el recurrente de que existe mala fe o abuso de derecho.

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 del transcrito artículo 40 del Código de Comercio y 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, obliga-

cionistas, 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 auditoria 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.

La diferencia radical de régimen entre uno y otro precepto lleva a la inevitable conclusión de que el hecho de que el socio no haya ejercitado el derecho a que se refiere el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital carece de relevancia para el ejercicio del derecho reconocido en el artículo 40 del Código de Comercio siempre que reúna los requisitos legales, como es el caso.

Si de ello resulta un interés espurio, como afirma el recurrente, o si el ejercicio del derecho implica un abuso de derecho o un fraude de ley son circunstancias que quedan fuera por completo del ámbito del 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 concu-

rren o no los requisitos para el ejercicio del derecho de solicitar la designación de auditor.

Al respecto es doctrina muy consolidada de esta Dirección que siendo indiscutible que nuestro ordenamiento jurídico no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo pues el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización de buena fe (art. 7 del Código Civil), también lo es que la apreciación de tales circunstancias resulta imposible en 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 auditor independiente que verifique las cuentas anuales. La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la constitución Española en relación a los arts. 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y resoluciones de esta Dirección General de los Registros y del Notariado en materia del art. 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).

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid núm. 2, don Manuel Ballesteros Alonso de fecha 4 de noviembre de 2019.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 26 de febrero de 2020 (3.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 26 de febrero de 2020 (4.ª)

En el expediente 178/2019 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Gabinete Fiscal Laboral Suay, S.L.»

HECHOS

I

Don A.J.G.G., presentó un escrito de fecha 23 de octubre de 2019, 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 «Gabinete Fiscal Laboral Suay, 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 ejercitado al amparo del artículo 346 de la Ley de Sociedades de Capital.

Fundamenta su solicitud en los siguientes extremos de acuerdo a la documentación que se acompaña:

a) Que la junta general de la sociedad celebrada en fecha 24 de septiembre de 2019 aprobó, con su voto en contra, la modificación del régimen de transmisión de las participaciones sociales.

De copia del acta notarial autorizada por el notario de Valencia don José Vicente Roig Dalmau el día 24 de septiembre de 2019 resulta que las dos administradoras mancomunadas de la sociedad le requieren para que levante acta de la junta general de la sociedad a celebrar en la misma fecha y con un orden del día que incluye el siguiente punto: «3. Revisión y adaptación legal del procedimiento de transmisión de participaciones sociales establecido en el artículo 6 de los estatutos sociales.». De su diligencia de la misma fecha resulta que se constituye la junta general con la asistencia del cien por cien del capital social (incluido el hoy solicitante que actúa por medio de representante), así como que en relación al tercer punto del orden del día se aprueba la propuesta con el voto en contra del hoy solicitante quien se reserva el ejercicio de la acción de impugnación.

b) Que el socio hoy instante notificó a la sociedad el ejercicio de su derecho de separación mediante acta autorizada por el notario de Valencia don José Vicente Roig Dalmau en fecha 27 de septiembre de 2019.

De la copia que acompaña de la citada acta y de su diligencia de fecha 30 de septiembre de 2019 resulta la entrega a la administradora de la sociedad de copia de su contenido.

c) Que mediante burofax de fecha 4 de octubre de 2019 requirió a la sociedad mediante burofax con propuesta de designación de experto y con propuesta alternativa de valoración y sistema de valoración. Acompaña copia del escrito y de la certificación de emisión y entrega en fecha 7 de octubre de 2019.

Que no habiendo la sociedad reaccionado ante las notificaciones practicadas se ejerce el derecho a solicitar designación de experto por parte del registrador mercantil.

II

Previo traslado de la solicitud por parte del Registro Mercantil, la sociedad se opuso a la pretensión del socio mediante escrito de fecha 2 de noviembre de 2019, alegando: 1.º No se produce el supuesto del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital por cuanto no

existe desacuerdo entre la sociedad y el socio ya que aquella no ha emitido decisión. Que la sociedad ha convocado junta general para someter a los socios la cuestión planteada. Que la sociedad había acordado con carácter previo el ejercicio de la acción de responsabilidad contra el hoy solicitante. 2.º No se ha producido modificación del sistema de transmisión de participaciones sociales pues únicamente se adoptó la previsión estatutaria a la vigente Ley de Sociedades de Capital.

Por diligencia de mejor proveer se solicita y se obtiene copia del acta notarial autorizada por el notario de Valencia José Vicente Roig Dalmau en fecha 11 de noviembre de 2019 por la que la administración de la sociedad le requirió para levantar acta de la junta a celebrar en dicha fecha con un único punto de orden del día relativo a: «Puesta en conocimiento de la petición del socio don A.G.G. de ejercitar el derecho de separación de la sociedad. Adopción de decisión sobre dicha petición.» De su diligencia de la misma fecha resulta que se constituye la junta general convocada con un 75% del capital social y sin la asistencia del hoy solicitante, adoptándose por unanimidad el acuerdo de entender que no existe derecho de separación al ser la modificación estatutaria realizada no tenía más objeto que la adaptación de los estatutos sociales a la vigente Ley de Sociedades de Capital.

III

Con motivo de la aportación de copia del acta de fecha 24 de septiembre de 2019 a que se refieren los hechos anteriores, a requerimiento de la registradora mercantil, el hoy solicitante hace constar lo siguiente mediante escrito de fecha 19 de noviembre de 2019: Que las modificaciones son de importante calado como son la liberalización de transmisión de participaciones a favor de sociedades pertenecientes al mismo grupo o sobre las que el socio tenga control; la transmisión entre personas que tengan el control de personas jurídicas socias; se establece un derecho de adquisición preferente de la sociedad en caso de transmisión forzosa de las participaciones; se establece un derecho de adquisición preferente en caso de transmisión mortis causa. Que la sociedad ya se adaptó a la ley d sociedades de responsabilidad limitada mediante escritura de 1997. Que las medidas adoptadas no vienen impuestas por la Ley de Sociedades de Capital.

IV

La registradora mercantil de Valencia núm. 2, doña Laura María de la Cruz Cano Zamorano dictó resolución en fecha 21 de noviembre de 2019 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 353 de la Ley de Sociedades de Capital.

V

Don J.L.M.F., como letrado apoderado de la sociedad, por escrito de fecha 17 de diciembre de 2019, que tuvo entrada el día 18 posterior en el Registro Mercantil de Valencia, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base, resumidamente, a los siguientes motivos: 1.º Que no se ha producido alteración alguna en el régimen de transmisión de las participaciones sociales sino una mera adaptación a la legislación vigente pues sin perjuicio de los distintos criterios permitidos por la ley según el tipo de transmisión, existen una serie de reglas legales de carácter general y de

aplicación común a todo tipo de transmisión. 2.º Que tanto en la convocatoria como en el acta de la junta figura que uno de los puntos del orden del día era la revisión y adaptación legal del procedimiento de transmisión establecido en los estatutos sociales. Que igual se hizo en relación a otros preceptos estatutarios que habían quedado sin contenido. Que de ello no resulta alteración sustancial ni perjuicio alguno para el socio que motive el ejercicio del derecho de separación. 3.º El pretendido ejercicio de derecho de separación implica un ejercicio abusivo que atenta contra lo establecido en el artículo 7 del Código Civil. Que la finalidad de la actuación del socio es perjudicar a la sociedad y va en contra del principio de estabilidad del capital social (con cita). 4.º Que la sociedad celebró junta con posterioridad a la que no compareció el socio haciendo dejación de sus derechos y en la que se acordó denegar el derecho de separación.

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, 11 de junio, 2, 4 y 23 de octubre, 6, 14, 22, 23, 26 y 28 de noviembre y 17 y 18 de diciembre de 2018.

1. Adoptado por una sociedad de responsabilidad limitada, con el voto en contra de un socio, el acuerdo de modificar el precepto estatutario que regula el régimen de transmisión de las participaciones sociales, se ejerce por aquel el derecho de separación y se solicita de la registradora mercantil la designación de experto independiente. La registradora estima la solicitud a pesar de la oposición de la sociedad que recurre su decisión por los motivos que resultan de los hechos.

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

el valor de las participaciones, la persona que ha de llevar a cabo la valoración o el procedimiento para llevarlo a cabo (art. 353).

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. Dispone así el artículo 346 de la Ley de Sociedades de Capital en la parte que interesa a la presente: «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.»

Del precepto resulta que para que surja el derecho de separación por causa de modificación del régimen de transmisión de las participaciones sociales la ley exige que se haya producido un acuerdo de junta general en dicho sentido y que el socio que pretenda el ejercicio no haya votado a favor de la propuesta. No se requiere que la modificación sea sustancial o relevante ni ningún otro requisito. Basta la mera modificación del régimen de transmisión de las participaciones para que el socio que no haya votado a favor disponga a su favor de la posibilidad de ejercitar el derecho de separación.

4. Así las cosas el recurso no puede prosperar pues del contenido del expediente resulta que se da el supuesto legal para el ejercicio del derecho de separación. Los motivos del escrito de recurso no pueden enervar la anterior conclusión.

Afirma el primero de ellos (que en realidad se engloba junto al segundo en un único motivo), que no ha existido modificación del régimen de transmisión de las participaciones sociales sino una mera adaptación a la legislación vigente; que lo mismo ha ocurrido con otros artículos estatutarios por ser todos ellos anteriores a la legislación vigente.

Es criterio reiterado de esta Dirección General 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.* arts. 1255 del Código Civil y 28 de la Ley de Sociedades de Capital; *vide* resoluciones de la Dirección General de16 de abril de 2005, 29 de junio de 2011, 9 de febrero y 10 de octubre de 2012, 11,

16 y 26 de febrero, 23 de septiembre y 1 de octubre de 2013, 23 de mayo de 2014 y 13 de enero y 15 de junio de 2015, entre otras). 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 en el ámbito específico de la convocatoria de junta).

En consecuencia, las modificaciones introducidas en la Ley de Sociedades de Capital en relación al régimen de transmisión de participaciones sociales, en lo que tienen de imperativas, son de aplicación inmediata con independencia del contenido concreto de los estatutos sociales de una sociedad.

Si la sociedad decide adaptar sus estatutos sociales a la nueva regulación puede limitarse a remitirse al nuevo régimen legal, mantener el existente en la medida en que sea compatible con el o, como ocurre en el supuesto de hecho, ir más allá de las previsiones legales y regular un régimen de transmisión distinto al existente al amparo de la libertad de regulación que la propia norma contempla.

En el supuesto de hecho la sociedad modifica el contenido de los estatutos sociales de una forma que va más allá del contenido imperativo y del contenido subsidiario de los artículos 107, 109 y 110 de la Ley de Sociedades de Capital. Este ejercicio de su facultad de autorregulación implica la contrapartida de que el socio que no haya votado a favor puede desvincularse de la sociedad mediante el ejercicio del derecho de separación.

No es cierto en definitiva que la sociedad se haya limitado a adaptar sus estatutos al contenido legalmente previsto en la Ley de Sociedades de Capital, sino que ha ejercido legítimamente la posibilidad de alterar el contenido previsto en la ley y ha llevado a cabo una regulación que afecta al régimen de transmisión de las participaciones sociales. El ejercicio legítimo de esta facultad conlleva, cuando concurre el supuesto del artículo 346.2 de la Ley de Sociedades de Capital, la facultad por el socio disidente de ejercitar su derecho de separación.

Es irrelevante que la sociedad considere que la modificación es irrelevante o insustancial o que entienda que en nada perjudica al socio. Nada de esto se discute en el estrecho ámbito de este expediente.

El objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que el artículo 346 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 o a determinar cuáles sean los eventuales efectos de la modificación realizada o el alcance que deba tener. La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la constitución Española en relación

a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y resoluciones de 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 y 22 de febrero y 13 de marzo, 4 de mayo y 6 de junio de 2018).

5. El mismo destino desestimatorio le corresponde al motivo que entiende que el ejercicio del derecho de separación implica un abuso de derecho o una voluntad de perjudicar a la sociedad. 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 (art. 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 ha quedado expuesto por extenso no cabe que esta Dirección invada la competencia jurisdiccional pronunciándose sobre cuestiones que exceden del ámbito de su competencia.

6. Finalmente procede desestimar el motivo que hace referencia a que una junta general posterior, a la que no acudió el socio separado, aprobase la improcedencia del ejercicio del derecho de separación.

En primer lugar porque, sin necesidad de entrar a discutir sobre el estatus del socio separado hasta el momento en que es restituido de su aportación, es irrelevante el hecho de que no acudiera a la junta convocada pues es derecho del socio decidir si asiste o no a la junta general. Por otro lado, es igualmente irrelevante que la junta así constituida acordase que el socio carecía de derecho de separación o que su ejercicio no estaba justificado.

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 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 auto-

rización 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 frente al socio que ha ejercitado su derecho de separación lo que acuerde al respecto una junta posterior.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Valencia núm. 2, doña Laura María de la Cruz Cano Zamorano de fecha 21 de noviembre de 2019.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 26 de febrero de 2020 (4.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 26 de febrero de 2020 (5.ª)

En el expediente 7/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Potior Lex 2016, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 10 de enero de 2020 dirigido al registro mercantil de Sevilla, en el que tuvo su entrada el día 15 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 «Potior Lex 2016, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio por medio de escrito de don ….., en su calidad de Consejero Delegado de la mercantil, de fecha 22 de enero de 2020, que tuvo su entrada en el registro mercantil de Sevilla el día 23 del mismo mes y año, alegando, en esencia, «motivos espurios y de venganza personal», así como que el solicitante se encuentra incurso en causa penal por presunto delito de estafa, apropiación indebida, administración desleal y otro de revelación de secreto.

III

El registrador mercantil de Sevilla III, don Juan Ignacio Madrid Alonso, dictó resolución de fecha 28 de enero de 2020, por la que acordó no admitir la oposición y estimar la solicitud de nombramiento de auditor presentada.

IV

Don ….., en su calidad de Consejero Delegado de la mercantil, por escrito de fecha 17 de febrero de 2020, que tuvo su entrada el mismo día 17 de febrero en el registro mercantil de Sevilla, interpuso recurso contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición, que se dan por reproducidos, añadiendo, además, el posible daño causado ante el coste de la auditoría para la sociedad, así como mala fe y abuso de derecho por parte del socio 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. En primer lugar, por lo que se refiere a la alegación relativa a la existencia de causa penal por presuntos delitos de estafa, apropiación indebida, administración desleal y otro de revelación de secreto 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 exis-

tiese 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, ni resulta del expediente que obra en esta dirección General.

2. En cuanto al motivo de alegación basado en el coste económico que la petición comporta para la sociedad, 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, costes de la verificación contable –como expresamente se alega en este caso–, integrados esencialmente por el importe de los honorarios (art. 267 de la Ley de Sociedades de Capital), no puede ser estimada, pues de acuerdo con el artículo 265 del mismo texto legal, dichos costes corren a cargo de la sociedad. Como ha reiterado este Centro (resoluciones de 27 de febrero de 2013, 31 de enero de 2014, 16 de marzo de 2016, 8 y 12 de julio de 2016, entre otras, y como más recientes) el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital no deja margen a la interpretación, por lo que con independencia de cuales sean las condiciones económicas de la sociedad y el perjuicio económico alegado, se impone el derecho individual del socio a conocer el estado contable de la sociedad y a su verificación por auditor nombrado por el Registro Mercantil.

3. Por lo que se refiere a la alegación basada en la mala fe y abuso de derecho por el solicitante, no puede imponerse al derecho individual del socio a que las cuentas del ejercicio sean objeto de auditoría.

Así, es doctrina consolidada de esta Dirección que siendo indiscutible que nuestro ordenamiento jurídico no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo por lo que el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización de buena fe (art. 7 del Código Civil), también lo es que la apreciación de tales circunstancias resulta imposible en un procedimiento como el presente cuyo limitado conocimiento material y competencial lo impide, sin perjuicio del derecho de los interesados a acudir a los Tribunales de Justicia en defensa de su posición jurídica (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010 y 11 de marzo de 2014, entre otras).

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

Directamente relacionado con lo anterior, el interés del socio que reclama el nombramiento de auditor no es ni puede ser objeto de valoración en el estrecho ámbito de este expediente. Como es doctrina reiterada (*vide* resoluciones de 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010, entre otras), el objeto de este procedimiento se limita a determinar si concurren o no los requisitos legales para la procedencia de nombramiento de auditor a instancia de la minoría sin que dentro de su estrecho cauce pueda pretenderse el conocimiento de otras materias reservadas a otras Administraciones o a los Tribunales de Justicia (arts. 354.3 y 359 del Reglamento del Registro Mercantil). Si la parte recurrente plantea cuestiones que tienen por objeto la valoración de la conducta del solicitante debe actuar en la instancia que en cada caso sea competente sin que puedan impedir que el socio ejercite debidamente el derecho que le reconoce el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. Consecuentemente, y por disposición expresa de la Ley, si concurren los requisitos legalmente establecidos prevalece el derecho del socio minoritario, aunque su ejercicio suponga para la sociedad un coste económico como resulta claramente del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

4. 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 2019.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Sevilla III, don Juan Ignacio Madrid Alonso, de fecha 28 de enero de 2020, 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 pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 26 de febrero de 2020 (5.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 12 de marzo de 2020 (1.ª)

En el expediente 4/2020 sobre nombramiento de experto a instancia de socias de la compañía «Bejar, S.L.».

HECHOS

I

Doña C.A.F, actuando en representación de sus hijas menores de edad doña J.P. y doña M. de S.J.A., presentó un escrito de fecha 25 de octubre de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que solicitó, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socias en proindiviso sus dos hijas de «Béjar, 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 al amparo del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

Fundamenta su solicitud en los siguientes extremos de acuerdo a la documentación que se acompaña y de los que se especifican los que son de interés para la presente:

a) Que en la junta general de la sociedad celebrada el día 26 de junio de 2019 se sometió a votación la propuesta de aplicación del resultado positivo del ejercicio 2018. Que la junta general aprobó, con el voto en contra de sus representadas, destinar la integridad del beneficio obtenido a compensar pérdidas de ejercicios anteriores haciendo constar la protesta por la ausencia de reparto de beneficios.

Se acompaña copia del acta autorizada por el notario de Madrid don Álvaro Lucini Mateo en fecha 26 de junio de 2019 en la que es requerido por los administradores mancomunados de la sociedad para que comparezca en la junta general de la sociedad a celebrar ese mismo dia. De su diligencia de la misma fecha resulta que se encuentra presente la totalidad del capital social (las hoy solicitantes debidamente representadas), y que deciden otorgar carácter universal a la junta. Resulta igualmente que en relación al tercer punto del orden del día relativo al examen y aprobación de la propuesta de aplicación del resultado del ejercicio 2018, el órgano de administración expone que el no reparto de beneficios responde a la necesidad de acometer determinadas obras de reforma en un edificio; resulta que tras determinadas preguntas al respecto el representante de las dos menores vota en contra de la propuesta por las razones que constan en un folio que es entregado al notario autorizante, siendo aprobada la propuesta; resulta que el órgano de administración propone el reparto de una cantidad de doce mil euros como dividendo, propuesta que, tras un cruce de comentarios entre el representante de las menores y la administración, no es considerada por lo que se mantiene el voto en contra de la propuesta inicial.

Del documento relativo al examen y aprobación de la propuesta de aplicación del resultado que es objeto de protocolización resulta, tras una explicación sobre la situación de la empresa, la solicitud expresa de reparto de beneficios y finalmente lo siguiente: «votamos negativamente a la propuesta de aplicación del resultado y solicitamos que conste en el acta nuestra protesta por falta de reparto de dividendos y nuestro voto negativo.»

b) Que notificó a la sociedad el ejercicio del derecho de separación mediante acta notarial autorizada por el notario de Madrid don Vicente de Prada Guaita el dia 16 de julio de 2019. De su diligencia de fecha 1 de agosto de 2019 resulta que se protocoliza el acuse de recibo y entrega en fecha 24 de julio del mismo año.

II

Previo traslado de la solicitud por parte del Registro Mercantil, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: Que habiendo recibido la notificación de 24 de julio de 2019, la sociedad contestó en fechas 12 de agosto y 3 de octubre de 2019, circunstancia que maliciosamente se oculta en la solicitud. 1.º Que el artículo 166 del Código Civil exige autorización judicial para la renuncia de determinados bienes de los menores. Que el ejercicio del derecho de separación en la sociedad de responsabilidad limitada es una forma de realización de las participaciones sociales que resulta en una auténtica transmisión. Que el artículo 92 de la Ley de Sociedades de Capital considera que las participaciones no pueden ser consideradas valores por lo que parecería inaplicable el citado artículo pero a ello hay que oponer la imposibilidad de la madre de renunciar derechos de sus hijas sin causa justificada ni autorización judicial. Que el ejercicio del derecho de separación implica una renuncia a su condición de socias. Que una parte de la doctrina entiende que los términos utilizados por el Código Civil no son estrictos por lo que una interpretación lógica y analógica debería asimilar la venta de valores con la de participaciones. Que hoy en día las participaciones sociales tienen igual o mayor valor que los valores mobiliarios. Que en el momento de redacción del precepto las sociedades de responsabilidad limitada eran residuales frente a la realidad actual. Que como reconoce la solicitante el activo de la sociedad está integrado esencialmente por patrimonio inmobiliario. Que de todo lo anterior resulta la necesidad de justificar una justa causa y la autorización judicial. 2.º Que habiéndose celebrado la junta el dia 26 de junio de 2019 y no habiéndose iniciado el procedimiento de separación de socios hasta el dia 25 de octubre de 2019 resulta que entre dicha fecha y la reclamación de fecha 24 de julio han transcurrido mas de dos meses por lo que la reclamación estaría prescrita. 3.º Que no se dan los requisitos del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. En primer lugar porque el destino del beneficio a compensar pérdidas anteriores no está prohibido por la Ley de Enjuiciamiento Civil aunque solo sea obligatorio si el patrimonio neto es inferior a la cifra de capital social. En segundo lugar, que no figura en el acta el preceptivo requisito de constancia de protesta formal. Que la parte solicitante se opuso al ofrecimiento de un reparto de dividendos votando en contra el representante de las menores pero sin formular la protesta formal legalmente preceptiva. Que el rechazo a la propuesta de reparto de dividendo superior al 25% del beneficio revela que su representante no velaba por los intereses de las menores como lo demuestra el hecho de que conversaciones posteriores con la finalidad de realizar una convocatoria de junta general para tratar la aplicación de reservas al pago de dividendo del ejercicio 2019 no han encontrado respuesta. 4.º Que no deben ventilarse en el expediente otras cuestiones planteadas por la solicitante como son el valor del patrimonio neto, el valor teórico de las participaciones y otras semejantes.

III

El registrador mercantil de Madrid núm. 12, don Adolfo García Ferreiro dictó resolución en fecha 25 de noviembre de 2019 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 353 de la Ley de Sociedades de Capital. Consta recibida por la sociedad el día 10 de diciembre de 2019.

IV

Don G.J.S.J.D y don C.S.J.D., como administradores mancomunados, por escrito de fecha 9 de enero de 2020, que tuvo entrada el 13 inmediato posterior en el Registro Mercantil de Madrid, si bien con sello de imposición de correos del día 10 de enero, interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a, resumidamente, los siguientes argumentos: 1.º Que resulta incuestionable que la representante de las menores ejercita un derecho pero no lo es en absoluto que dicho ejercicio no implique transmisión de participaciones lo que conllevaría la aplicación del artículo 166 del Código Civil. Que el objetivo final del ejercicio del derecho de separación es la transmisión de la titularidad de las participaciones que pasarían del dominio de las menores al dominio de la propia sociedad. Que de tratarse de un mero ejercicio de derecho sin contraprestación alguna estaríamos en presencia de una autentica renuncia de derechos lo que llevaría de nuevo al artículo 166 del Código Civil. Que siendo cierto que las participaciones sociales no son valores mobiliarios no lo es menos que la intención y finalidad del precepto, redactado en los años (1981 y 1996), es proteger a los menores de edad. Que de los artículos 3 y 4 del Código Civil resulta la necesidad de interpretar el artículo teniendo en cuenta la circunstancia que en aquellas fechas el tráfico de participaciones sociales era residual pues no fue hasta 1995 que la utilización de la sociedad de responsabilidad limitada aumentó convirtiéndose en habitual. De todo lo anterior cabe concluir que aplicando a la realidad actual el fin de la norma es claro que no se puede transmitir la titularidad de participaciones de menores sin autorización judicial, siendo especialmente claro en un supuesto como el presente en el que el patrimonio de la sociedad es mayoritariamente inmobiliario (tal y como hace ya el artículo 222-43 del Código Civil de Cataluña). Que así lo ha entendido un sector muy importante de la doctrina e incluso de la jurisprudencia (con cita de determinadas resoluciones). Que como se ha puesto de manifiesto la actividad ordinaria de la sociedad es el arrendamiento de su patrimonio inmobiliario por lo que la transmisión de participaciones debe ser considerada igual que la transmisión de inmuebles como ya ha hecho la legislación fiscal (Ley 24/1988, de 28 de julio del Mercado de Valores. Que además de lo anterior la parte considera que se está realizando la transmisión de un porcentaje de un establecimiento mercantil como resulta del hecho de que los socios deben tener consideración de empresarios como resulta del hecho de que el artículo 161 de la Ley de Sociedades de Capital les autoriza a impartir instrucciones al órgano de administración o el artículo 180 de la misma ley a otorgar poder general con facultades sobre todo el patrimonio. Que además es preciso, con cierto sector doctrinal, entender que cabe identificar los objetos preciosos con todo aquello que tiene un valor significativo como ocurre en el supuesto de hecho. 2.º Que reitera que el ejercicio del derecho de separación está prescrito en términos similares a su escrito de oposición. 3.º Que igualmente reiteran la licitud de destinar el beneficio a la compensación de pérdidas anteriores y la inexistencia de protesta formal a la propuesta inicial de distribución del resultado y a la existencia de una propuesta de distribución de beneficio por importe superior al 25%. Que en definitiva el representante de las menores en la junta general no hizo constar en acta su protesta en la forma exigida por el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital y además se opuso expresamente a un reparto de dividendo superior al 25% del resultado. Que nada se opone a que en el transcurso de la junta se modifique la propuesta de distribución del resultado como resulta de los artículos 253 y 279 de la Ley de Sociedades de Capital así como del propio artículo 348 bis. Que se reiteran en la afirmación del escrito de oposición y por los mismos fundamentos en que la representante legal de las socias no vela por sus intereses. 4.º Que se reiteran en que no cabe ventilar dentro del procedimiento otras cuestiones planteadas por 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; 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, 11 de junio, 2, 4 y 23 de octubre, 6, 14, 22, 23, 26 y 28 de noviembre y 17 y 18 de diciembre de 2018 y 14 y 21 (primera y segunda) de febrero, 7, 26 (primera, segunda y tercera), 28 (primera y segunda), y 29 de marzo, 15 y 22 (primera, segunda y tercera), de abril, 10 (tercera y quinta), y 16 (primera, segunda y tercera), de mayo y 6 (tercera y sexta) y 26 (quinta y sexta), de junio de 2019.

1. Acordado por la junta general que el beneficio del ejercicio 2018 se destine a compensación de pérdidas de ejercicios anteriores, dos hermanas que son cotitulares de determinadas participaciones ejercen el derecho de separación al amparo del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. Instado del registrador mercantil que designe experto de conformidad con la previsión del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital, el registrador estima la solicitud. La sociedad recurre en los términos que resultan de los hechos.

En sede de ejercicio del derecho de separación, 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 corresponde a los socios su ejercicio cuando concurran las circunstancias previstas en la Ley (art. 346 de la Ley de Sociedades de Capital), o en los estatutos (art. 347), momento en el que pueden ejercitarlo unilateralmente sin necesidad de previo acuerdo social (art. 348), y sin perjuicio de las consecuencias que se deriven de la falta de consenso sobre el valor de las participaciones o acciones, la persona que ha de llevar a cabo la valoración o el procedimiento para llevarlo a cabo (art. 353).

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.

También ha afirmado esta Dirección que es la regulación legal o estatutaria la que 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. En definitiva, es el exacto cumplimiento de los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico el que determina que un socio pueda ejercer su derecho de separación y, en su caso, instar del registrador mercantil la designación de un experto independiente en los términos previstos en el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital.

La afirmación anterior enlaza con lo que constituye el objeto de este procedimiento. 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 (art. 117 de la constitución Española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y resoluciones de este Centro en sede de designación de auditores de 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010, entre otras).

Las distintas 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, que se encuentra en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, refleja lo limitado del conocimiento del registrador durante su tramitación y de esta Dirección General en instancia. Con carácter

expreso establece el artículo 363.1del 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 así por lo limitado de su ámbito de conocimiento, limitado a la verificación de que concurren los requisitos exigidos por la Ley, así como de sus medios de conocimiento limitados a los documentos aportados por las partes bien para acreditar que se reúnen los requisitos legales bien para lo contrario.

Establecido lo anterior, tiene razón el recurrente cuando pone de manifiesto que determinadas cuestiones que plantea el escrito de solicitud no pueden resolverse en la presente por caer fuera de su ámbito de actuación sin perjuicio del derecho de las partes a plantearlo ante el órgano jurisdiccional que resulte competente. Ahora bien el registrador no entra en ninguna de dichas cuestiones por lo que siendo cierta la afirmación del recurrente, carece de relevancia a los efectos de esta resolución que limitara su contenido al previsto legalmente: concurrencia o no de los requisitos legalmente exigibles para el ejercicio del derecho de separación por las personas legitimadas para ello.

2. El escrito de recurso se articula, aparte lo que resulta del considerando anterior, en tres motivos: por el primero, la sociedad recurrente entiende aplicable el artículo 166 del Código Civil por lo que al no concurrir autorización judicial considera que no es posible el ejercicio del derecho de separación; por el segundo, la sociedad afirma que el ejercicio del derecho es extemporáneo por cuanto el procedimiento ante el registrador se ha iniciado transcurrido el plazo de un mes a que se refiere el artículo 348 bis.3 de la Ley de Sociedades de Capital; por el tercero, que comprende varios motivos, se afirma la licitud de la propuesta de destinar el beneficio a la compensación de pérdidas de ejercicios anteriores, se afirma que el representante de las socias no realizó la protesta que exige la ley, se afirma que dicho representante rechazó en la misma junta un acuerdo de entrega de dividendo que cumplía con el mínimo exigido por el artículo 348 bis y finalmente, se afirma que su actuación no estaba dirigida a la protección de las menores si no a perjudicar a la empresa.

Ninguno de estos argumentos puede enervar la resolución del registrador por estar debidamente fundada en derecho.

3. Los recurrentes sostienen que es de aplicación el artículo 166 del Código Civil bien porque el ejercicio del derecho de separación es equiparable a una transmisión, ya sea de las participaciones, de bienes inmuebles o de establecimiento mercantil, ya a una renuncia de derechos o a la transmisión de bienes preciosos.

Dice así el artículo 166 del Código Civil en la parte que es relevante a efectos de la presente: «Los padres no podrán renunciar a los derechos de que los hijos sean titulares ni enajenar o gravar sus bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente de acciones, sino por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa la autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal. Los padres deberán recabar autorización judicial para repudiar la herencia o legado deferidos al hijo. Si el Juez denegase la autorización, la herencia sólo podrá ser aceptada a beneficio de inventario.»

Dicho precepto se enmarca en el capitulo I del Titulo VII del Libro I del Código Civil relativo a las relaciones paterno filiales que establecen el principio general de que los hijos se encuentras sujetos a la patria potestad de sus padres (art. 154), lo que conlleva su representación (art. 162), así como la administración de sus bienes (art. 164). Entre las excepciones que contempla el Código Civil a dicho principio general se encuentra el precepto transcrito. En consecuencia la norma es que los progenitores o el progenitor que ejerza la patria potestad ostentan la representación y administración de los bienes de sus hijos menores.

La cuestión se centra en determinar si el progenitor que ostenta la patria potestad de un hijo puede, en ejercicio de sus atribuciones, ejercer el derecho de separación contemplado en los artículos 346 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital por si solo o, por el contrario, es un supuesto de excepción de los que exige audiencia del ministerio fiscal y autorización judicial.

La sociedad recurrente así lo entiende y para ello asimila dicho ejercicio a distintos de los supuestos a que el artículo 166 del Código Civil se refiere como excepciones a la regla general.

En primer lugar afirma la sociedad recurrente que el ejercicio del derecho de separación implica una transmisión de las participaciones que si bien no constituyen valores mobiliarios deben asimilarse. El argumento es insostenible en su base pues, sin perjuicio de lo que se dirá, no puede asimilarse en absoluto el ejercicio del derecho de separación con una transmisión de las participaciones sociales. En esta, cuando es voluntaria, la transmisión obedece a una causa contractual u obligacional determinada que se expresa por medio de un negocio jurídico típico (compraventa, permuta, aportación a sociedad…), o atípico, dirigido a satisfacer la voluntad del transmitente y la del transmisario en el ámbito delimitado por la ley. El derecho de separación en el supuesto del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital obedece, como ha quedado expuesto, a una causa muy distinta como es la protección de la minoría en el supuesto contemplado en el precepto. De aquí que su regulación sea completamente distinta a la de las transmisiones a que se refiere la recurrente que reiteradamente asimila la salida de la sociedad del socio que se separa con la del transmitente de participaciones sociales, siendo así que su posición jurídica es completamente diferente.

Como ha quedado expuesto el socio que se separa solo puede hacerlo en los casos taxativos contemplados por la ley o los estatutos y por el procedimiento legalmente establecido (art. 348 de Ley de Sociedades de Capital), con la finalidad no de obtener un precio o valor libremente pactado, sino su valor razonable que, a falta de acuerdo, debe ser fijado por el experto a que se refiere el artículo 353 de la propia ley. El socio que se separa no transmite sus participaciones pues son objeto de reducción de capital, y solo como excepción pueden ser adquiridas por la propia sociedad, no por un tercero (art. 356 de la Ley).

El art. 166 del Código Civil pretende proteger a los menores sujetos a patria potestad de actos arbitrarios y no justificados de quienes la ostentan, situación que no puede asimilarse con el ejercicio de un derecho que corresponde a todos los socios cuando se producen los supuestos previstos en la ley o en los estatutos. No puede confundirse el efecto de salida del socio con su causa que, de no ser la prevista en el artículo 166 del Código Civil, no implica la restricción en ella prevista, aplicándose la regla general de representación y administración de los bienes a que se ha hecho referencia. No existe en suma ni analogía ni asimilación posible entre la enajenación a que se refiere el artículo 166 del Código Civil y el ejercicio por un socio de su derecho de separación a que se refiere el artículo 346 de la Ley de Sociedades de Capital.

De seguirse la tesis de la sociedad recurrente el ejercicio del derecho de separación devendría imposible en el supuesto de menores representados pues el plazo de un mes a que se refiere el artículo 348 bis desde la adopción del acuerdo, es completamente incompatible con los plazos jurisdiccionales de solicitud, traslado, informe de la fiscalía y resolución judicial de autorización.

4. Establecido resultaría ocioso ir mas allá pues no existiendo transmisión o enajenación de participaciones sociales la aplicación del artículo 166 del Código Civil al supuesto resulta imposible. No obstante y con el fin de contestar las distintas cuestiones planteadas por la sociedad recurrente, esta Dirección General considera conveniente poner de manifiesto que no cabe equiparar la enajenación o gravamen de títulos valores con el de participaciones sociales. Y no solo porque, como la propia recurrente admite, existe una expresa exclusión legal de asimilación (art. 92 de la Ley de Sociedades de Capital), sino porque siendo cierto que al tiempo de redactarse el vigente artículo 166 del Código Civil era mas frecuente la existencia de sociedades anónimas que limitadas, no lo es menos que ya entonces el legislador no impuso restricción alguna a la transmisión de las participaciones sociales de sociedades limitadas titularidad de menores sujetos a patria potestad. No puede sostenerse que hay que trasladar sin mas la intención del legislador de 1981 de proteger el patrimonio de los menores sujetos a patria potestad a supuestos distintos de los expresamente previstos; de hecho, el legislador modificó el texto del artículo 166 por la 18.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero sin introducir alteración alguna en su párrafo primero. En fin, el hecho de que otras normas de aplicación en España si que prevean, en el

ámbito de su competencia, restricciones a la transmisión de participaciones sociales (Código Civil de Cataluña cuya cita correcta es el artículo 236-27), no hace sino confirmar la sustantividad de la norma del Código Civil frente a otras posibles soluciones. Tampoco las resoluciones citadas en el escrito de recurso pueden enervar las conclusiones anteriores al referirse a supuestos que no tienen que ver con la cuestión planteada.

Y si la transmisión de participaciones no es asimilable a la de valores mobiliarios con menos razón puede decirse que ha de equipararse a la de los bienes inmuebles por el hecho de que el patrimonio de la sociedad se integre mayoritariamente por bienes de tal naturaleza. Es preciso recordar que la sociedad de capital tiene personalidad jurídica propia (art. 33 de la Ley de Sociedades de Capital), por lo que su patrimonio no puede confundirse con el de los socios como no pueden confundirse las reglas de disposición del patrimonio social de una sociedad con las de disposición del patrimonio de cada uno de sus socios y, en concreto, de las participaciones sociales de que sean titulares. El hecho de que la legislación fiscal contemple normas específicas para evitar el fraude de ley es precisamente porque no se confunden ambas realidades y regulaciones.

Los mismos razonamientos cabe aplicar a la pretendida identificación entre transmisión de participaciones y de establecimiento mercantil. La pretendida asimilación, afirmando que los socios de una sociedad son comerciantes implica desconocer reglas básicas de nuestro derecho mercantil (art. 1 del Código de Comercio en relación con el artículo 1.2 de la Ley de Sociedades de Capital).

Si la parte recurrente considera que las participaciones sociales deben equipararse en este caso concreto a los objetos preciosos a los que se refiere el artículo 166 del Código Civil debe mantener dicha afirmación en el procedimiento jurisdiccional correspondiente en el que, con audiencia de la parte contraria y solicitud de la práctica de pruebas que considere oportunas, reclame una declaración judicial al respecto. Como ha quedado debidamente expuesto no puedo pretender que en el estrecho ámbito del presente procedimiento administrativo se realicen declaraciones que exceden de la competencia del órgano que resuelve.

Por último no cabe asimilar el ejercicio del derecho de separación con la renuncia de derechos. El que ejerce el derecho no lo renuncia; bien al contrario, afirma su existencia y ejercibilidad. Como ha quedado acreditado por extenso, el que ejercita el derecho de separación reclama su baja como socio y el pago de su derecho de reembolso. No hay renuncia alguna. Nuevamente la recurrente pretende asimilar la causa y la consecuencia: aun cuando el ejercicio del derecho de separación se traduzca en la salida del socio de la sociedad no por ello puede afirmarse que la causa sea la misma. De aquí que sin necesidad de extenderse mas, resulte imposible afirmar la aplicación del artículo 166 del Código Civil por la vía de renuncia de derechos.

5. Por el siguiente motivo la sociedad se opone arguyendo que habiéndose celebrado la junta general el dia 26 de junio de 2019 y no siendo hasta el dia 25 de octubre del mismo año que las socias inician el procedimiento del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital, ha prescrito su derecho. 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 (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 mas adelante que: «El derecho de separación, pues, implica una declaración recepticia, que en el caso se ha producido, según queda probado y reconocido. Tal declaración puede realizarse [art. 97.1.II LSRL (RCL 1995, 953) art. 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 o 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 las socias que han ejercitado debidamente representadas su derecho lo han realizado mediante notificación notarial dirigida a la sociedad dentro del mes siguiente a la adopción del acuerdo sobre aplicación del resultado. Procede la desestimación del motivo de recurso.

6. El tercer motivo de recurso que se refiere a la falta de cumplimiento de los requisitos previstos por el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital para que exista derecho de separación se divide a su vez en tres argumentos distintos: por el primero, la sociedad afirma que el destino del beneficio a compensar pérdidas de ejercicios anteriores es legal; por el segundo, se afirma que la representación de las socias no hizo constar la protesta a que se

refiere el precepto; finalmente, se afirma que la presidencia de la junta ofreció un reparto de un dividendo superior al fijado legalmente y que esta posibilidad fue rechazada por el representante de las menores, demostrando con ello que no actuaba en su interés.

Ninguno de los argumentos de la recurrente pueden ser estimados por esta Dirección General. Por lo que se refiere a la propuesta de aplicación del resultado a compensación de pérdidas anteriores, tiene razón la sociedad cuando afirma que es un destino lícito. Cosa distinta es si, de acuerdo a la circunstancias concretas de las cuentas, de ello puede derivarse el ejercicio del derecho de separación por las socias menores.

Dispone el artículo 273 de la Ley de Sociedades de Capital: «1. La junta general resolverá sobre la aplicación del resultado del ejercicio de acuerdo con el balance aprobado. 2. Una vez cubiertas las atenciones previstas por la ley o los estatutos, sólo podrán repartirse dividendos con cargo al beneficio del ejercicio, o a reservas de libre disposición, si el valor del patrimonio neto no es o, a consecuencia del reparto, no resulta ser inferior al capital social. A estos efectos, los beneficios imputados directamente al patrimonio neto no podrán ser objeto de distribución, directa ni indirecta. Si existieran pérdidas de ejercicios anteriores que hicieran que ese valor del patrimonio neto de la sociedad fuera inferior a la cifra del capital social, el beneficio se destinará a la compensación de estas pérdidas. 3. Se prohíbe igualmente toda distribución de beneficios a menos que el importe de las reservas disponibles sea, como mínimo, igual al importe de los gastos de investigación y desarrollo que figuren en el activo del balance.»

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.»

En consecuencia para la determinación de la base de reparto sobre la que ha de computarse el porcentaje a que se refiere el artículo 348 bis es preciso partir del concepto de «beneficios obtenidos durante el ejercicio anterior que sean legalmente distribuibles», a que se refiere el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, cantidad que viene determinada en el balance y en la cuenta de pérdidas y ganancias. Una vez determinada la cantidad que constituye el beneficio de la sociedad a efectos de reparto o distribución es preciso disminuirla con aquellas cantidades que tengan un destino obligatorio por establecerlo la Ley (señaladamente, la reserva legal a que se refiere el art. 274 de la Ley de Sociedades de Capital), o los estatutos. Finalmente es preciso que la existencia de pérdidas de ejercicios anteriores se compense de modo que el patrimonio neto no caiga por debajo de la cifra de capital. Fuera de este supuesto, la cifra resultante constituirá la base sobre la que ha de llevarse a cabo el cálculo del porcentaje que ha de destinarse a dividendo mínimo a efectos del ejercicio del derecho de separación a que se refiere el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

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 la documentación que obra en el expediente, siendo el capital de la sociedad de 18.030,36 euros conforme al balance aprobado, la reserva legal asciende a la cantidad de 1803,03 euros. Dado que la reserva existente asciende a la cantidad de 130.959,04 euros, no existe limitación alguna para que todo o parte del beneficio obtenido (47.287,47 euros), sea destinado a la distribución por medio de dividendo.

Tampoco existe limitación alguna por la existencia de pérdidas acumuladas de ejercicios anteriores (851.693,01 euros), por cuanto existiendo un patrimonio neto que asciende a la cantidad de 1.047.969,88 euros, la cifra resultante de la minusvaloración de las pérdidas (196.275,99 euros), no cae por debajo de la cifra de capital social (18.030,36 euros), lo que implica que no es obligatorio destinar el beneficio a la compensación de aquellas como exige el transcrito artículo 273.2 de la Ley.

En definitiva no existiendo en el caso concreto destino obligatorio del beneficio obtenido que impida la distribución del beneficio en, al menos, el porcentaje previsto en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital resulta patente que el socio que reúna los requisitos que el mismo precepto exige puede ejercitar el derecho de separación.

7. Tampoco puede estimarse el argumento que hace referencia a que el representante de las menores no hizo constar en el acta notarial su protesta.

El artículo 348 bis reformado, en la parte que interesa a la presente, dice así: «1. Salvo disposición contraria de los estatutos, transcurrido el quinto ejercicio contado desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad, el socio que hubiera hecho constar en el acta su protesta por la insuficiencia de los dividendos reconocidos tendrá derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, el veinticinco por ciento de los beneficios obtenidos durante el ejercicio anterior que sean legalmente distribuibles siempre que se hayan obtenido beneficios durante los tres ejercicios anteriores…»

De la simple comparación entre el texto actual y el anterior resalta la necesidad, que ahora impone el precepto, de que el socio haga constar en el acta de la junta su protesta.

Esta diferencia resulta esencial pues a diferencia de la exigencia de la redacción anterior no basta con que el socio vote en contra de la propuesta de aplicación del resultado. Como reiteró esta Dirección General (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 entonces vigente, exigía únicamente que el socio no hubiera votado a favor de una propuesta que no contemplase el reparto, en forma de dividendo, del resultado obtenido en el ejercicio en la proporción mínima que dicho precepto contemplaba. En definitiva, que resultase patente la voluntad del socio de no aceptar una propuesta de aplicación

del resultado que no destinase al reparto de dividendo, al menos, la cantidad exigida por la redacción entonces vigente.

La redacción ahora vigente no pone la atención sobre el sentido del voto del socio en el acuerdo de aplicación del resultado, sino en la expresión de protesta que debe constar en el acta de la junta sobre la insuficiencia que resulta del acuerdo adoptado. De la lectura del artículo legal resulta con claridad la distinción entre el acuerdo por el que la junta no acuerda la distribución del dividendo en la proporción exigida y la acción del socio de dejar constancia en el acta su protesta sobre dicha circunstancia. Se trata de momentos y de requisitos distintos: por un lado, el momento de adopción por la junta general de un acuerdo sobre la propuesta de aplicación del resultado (art. 273 de la Ley de Sociedades de Capital), siendo requisito que la junta haya adoptado un acuerdo determinado sobre la distribución del beneficio y, por otro, el momento de elaboración del acta de la junta general (art. 202 de la propia Ley), siendo requisito que el socio haya emprendido la acción de dejar constancia de su protesta sobre el sentido de aquél.

Es en consecuencia la concurrencia del requisito de constancia de la protesta el que determina la pertinencia de ejercicio del derecho de separación sin cuya acreditación en el expediente de designación de experto no procede la estimación de la solicitud del socio.

La jurisprudencia se ha referido al sentido que tiene la protesta de un socio en relación a un acuerdo adoptado por la junta general si bien en relación a la regulación que de su impugnación contenía la Ley de Sociedades Anónimas. Dicha doctrina, por ser de interés para la presente, es pertinente traer aquí y, especialmente, la Sentencia 766/2007, de 4 julio que resume así la doctrina del tribunal: «El artículo 117, apartado dos, del TRLSA dispone que «para la impugnación de acuerdos anulables están legitimados los accionistas asistentes a la junta que hubiesen hecho constar en acta su oposición del acuerdo». La doctrina jurisprudencial de modo pacífico viene exigiendo que la oposición ha de expresarse con posterioridad a haberse adoptado el acuerdo, no siendo suficiente la oposición anterior aunque vaya acompañada del voto en contra… En tal sentido se manifiesta la Sentencia de 21 de febrero de 2001 (RJ 2001, 2241), que resume la doctrina de las Sentencias de 18 de septiembre de 1998 (RJ 1998, 6545), 14 de julio de 1997 (RJ 1997, 5470), 13 de noviembre de 1988 SIC (RJ 1989, 7874) (que recoge la plasmada en las anteriores de 22 de diciembre de 1986 [RJ 1986, 7793], 15 de junio [RJ 1987, 4464] y 30 de noviembre de 1987 [RJ 1987, 8709]), y a continuación dice «cuando la Ley exige «constar en acta su oposición al acuerdo» no se está refiriendo a disentir del mismo y exteriorizarlo en la discusión previa en la que cabe la emisión de opiniones encontradas, que puedan ser incluso modificadas; lo que se requiere es que, una vez tomado el acuerdo, conste su oposición claramente aunque de forma libre, explícitamente, aunque no con la frase sacramental del verbo oponerse; en todo caso, que el oponente salve el voto manifestado su oposición al acuerdo de la mayoría, acuerdo que, evidentemente debe haber sido

tomado. Para este tema, la opción del legislador manifestada en el texto legal del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 es clara: no da trascendencia jurídica a cualquier manifestación anterior, sino sólo a la de oposición posterior oposición al acuerdo, no a la previsión, proposición o discusión del acuerdo. Esta es la interpretación que ha dado la jurisprudencia, en múltiples sentencias como las relacionadas en el fundamento anterior». Y no se ha aducido ninguna razón –añadimos aquí–, con la entidad suficiente para poder efectuar un cambio jurisprudencial.»

Aplicando mutatis mutandi la doctrina anterior al supuesto que nos ocupa resulta no sólo correcta la interpretación del artículo 348 bis que se ha llevado a cabo en las consideraciones anteriores sino también la confirmación de que la «protesta» a que se refiere el precepto debe constar de modo explícito aunque sin que sea exigible el uso de una forma sacramental. Lo trascendente es que conste en el acta de la junta general que el socio que ejerce el derecho de separación con amparo en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital expresa de forma clara e inequívoca su disconformidad con el sentido del acuerdo adoptado en relación a la aplicación del resultado.

Así resulta en el supuesto de hecho que da lugar a la presente. Como se ha reflejado en los hechos el representante de las socias menores entrega al notario un documento en el que se explica el sentido de su voto y que finaliza del siguiente modo: «votamos negativamente a la propuesta de aplicación del resultado y solicitamos que conste en el acta nuestra protesta por falta de reparto de dividendos y nuestro voto negativo.»

Es incuestionable que el representante de las socias no solo expresó un voto negativo a la propuesta de aplicación de resultado sino que además, expresamente, solicitó del notario que hiciese constar en el acta su protesta. El notario cumplió con el encargo por medio de la protocolización en el instrumento público del escrito que se le entregaba. Si el notario hizo constar de un modo u otro en el acta la protesta del representante es algo que cae dentro de su competencia como autor del instrumento y que escapa por completo a la iniciativa de este. Lo trascendente como resulta de la jurisprudencia reseñada es que es indiscutible la protesta que llevó a cabo el representante de los menores y que esta protesta se incorporó al acta de la junta general. Se desestima el motivo.

8. Por lo que se refiere al ofrecimiento, posterior a la adopción del acuerdo, de modificar este con el pago de un dividendo que satisficiese el porcentaje mínimo establecido en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, que a juicio de la recurrente acredita una mala práctica del representante de las menores, esta Dirección General considera pertinente hacer los siguientes pronunciamientos.

Como ya afirmara nuestro Tribunal Supremo en un supuesto semejante 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 orde-

namiento jurídico y con efectos *ex nunc* pues no puede pretenderse dejar sin efecto aquellos ya producidos. Y es que, afirma la propia Sentencia: «No hay, en primer lugar, tal restablecimiento (de una situación anterior), sino una nueva modificación que carece de efectos retroactivos, que sólo cabe reconocer a las Leyes que así lo dispongan (art. 2.3 CC) dentro de los límites de seguridad que señala el artículo 9.3 de la Constitución…».

Con mayor contundencia la Sentencia de 18 de octubre de 2012 afirma: «…la primera premisa de la que debemos partir es que nuestro sistema admite de forma expresa que las sociedades mercantiles adopten acuerdos que dejen sin efecto los anteriores, mediante la adopción de otros para revocar expresamente los adoptados o mediante la adopción de otros incompatibles. Ello, sin perjuicio de que, como indica la sentencia 32/2006, de 23 de enero (RJ 2006, 256), no existe un «derecho al arrepentimiento» con proyección sobre derechos adquiridos por terceros e incluso por socios a raíz del acuerdo revocado…».

Como pone de relieve la reciente resolución de 17 de abril de 2017 de este Centro Directivo en materia de recursos contra las calificaciones de los registradores, de la doctrina jurisprudencial expuesta resulta que el acuerdo revocatorio de otro anterior no puede perjudicar ni alterar situaciones jurídicas con proyección sobre intereses de tercero, pues de otro modo quedaría en manos de la propia sociedad el ejercicio de los derechos individuales que al socio otorga el ordenamiento jurídico.

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.

Procede en suma la desestimación del motivo sin que esta Dirección pueda pronunciarse sobre 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 (art. 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, como ha quedado expresado, resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid núm. 12, don Adolfo García Ferreiro de fecha 25 de noviembre de 2019.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 12 de marzo de 2020 (1.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 20 de marzo de 2020 (1.ª)

En el expediente 9/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Transluadi, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó escrito de fecha 29 de marzo de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Valencia, en el que tuvo su entrada el día 1 de abril de 2019, en el que solicitó, al 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 capital social de «Transluadi, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

En concreto, manifiesta la interesada que lo solicita en su calidad de «heredera representante herencia yacente socio (José Vicente Juan Rodrigo)». Posteriormente, mediante escrito fechado el 4 de abril de 2019 y suscrito por doña ….., esta última, en su condición de heredera junto con la solicitante y hermana doña ….., y en nombre ambas de la herencia yacente del difunto don ….., manifiesta su total conformidad con la designación de auditor de fecha 1 de abril de 2019, efectuada por doña …

II

Por oficio del Registro Mercantil de Valencia de fecha 4 de abril de 2019 se da traslado a la sociedad de la solicitud presentada.

La sociedad se opuso a la pretensión de las socias por medio de escrito suscrito por don ….., en su condición de administrador solidario de la mercantil, de fecha 17 de abril de 2019, alegando, en esencia, que las solicitantes no reúnen la legitimación necesaria, al no constar en el libro de socios de la mercantil y, además, que, al no haberse producido la división de la herencia, las participaciones cuya titularidad ostentaba don ….. todavía forman parte del inventario de la herencia yacente.

III

El registrador mercantil de Valencia IV, don Juan Carlos Ramón Chornet, dictó resolución en fecha 26 de abril de 2019 por la que acordó proceder al nombramiento del auditor solicitado, al entender que existe una petición formulada por la totalidad de los propietarios de la comunidad hereditaria, citando resoluciones de este Centro directivo al efecto.

IV

Don ….., en su condición de administrador solidario de la mercantil, por escrito de fecha 3 de junio de 2019, que tuvo entrada el mismo día 3 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.

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 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, 392 y siguientes del Código Civil, así como las resoluciones judiciales y de esta Dirección General citadas en el texto.

1. La única cuestión que se plantea en este expediente hace referencia a si concurre legitimación en las solicitantes, expediente en el que se dan las siguientes circunstancias, que han quedado debidamente acreditadas:

a) Las solicitantes son herederas de un socio cuya titularidad no ha sido discutida por la sociedad.

b) Las solicitantes son coherederas del socio fallecido, según resulta del acta de notoriedad que obra en el expediente.

c) Según se deduce del expediente, la herencia se encuentra, efectivamente, sin partir.

d) La petición de auditor se encuentra formulada inicialmente por una de las dos herederas, a la que se adhiere posteriormente la otra heredera; estando formulada, por tanto, por la totalidad de los componentes de la comunidad hereditaria del socio fallecido don …

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, 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 auditoria (*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).

3. 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 cotitula-

ridad 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 –como es el caso del supuesto de hecho de este expediente–, o bien aquellos que constituyan la mayoría (art. 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).

4. De los hechos expuestos al principio de la presente, así como del propio fundamento derecho 1, resulta que las participaciones de que era titular el socio fallecido se integran en la comunidad hereditaria constituida por la solicitante y su hermana coheredera, adherida posteriormente a su petición, por partes iguales, sin que dicha titularidad haya sido discutida por la sociedad.

De conformidad con la doctrina expuesta en los considerandos anteriores procede la estimación del recurso dada la concurrencia del requisito de reu-

nirse el consentimiento de todos los partícipes de la comunidad hereditaria o, al menos, de los que constituyan una mayoría de cuotas.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Valencia IV, don Juan Carlos Ramón Chornet, de fecha 26 de abril de 2019, 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 pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 20 de marzo de 2020 (1.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 20 de marzo de 2020 (2.ª)

En el expediente 10/2020 sobre nombramiento de experto a instancia de una socia de «Lence Torres, S.L.»

HECHOS

I

Doña M.J.L.F., presentó un escrito sin fechar, dirigido al Registro Mercantil de Lugo en el que tuvo entrada el día 18 de noviembre de 2019, en el que solicitó, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socia de «Lence Torres, 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 al amparo del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

De la solicitud resulta que la fundamenta en los siguientes extremos de acuerdo a la documentación que se acompaña:

a) El día 28 de junio de 2019 se reunió la junta general de la sociedad en la cual con su voto en contra y haciendo constar su protesta por la insuficiencia del dividendo, se acordó destinar el total importe del beneficio social a reservas.

Acompaña copia del acta de junta general autorizada por el notario de Lugo don Manuel Ignacio Castro-Gil Iglesias el día 27 de junio de 2019. De su diligencia del día 28 de junio del mismo año resulta que en dicha fecha se constituye, previa convocatoria, la junta general. Consta la presencia, entre otros, de la hoy solicitante, así como de dos hermanos, los tres como sucesores de don J.L.L.F., acordando asignar el derecho de representación de las participaciones que de este recibieron en la proporción ordenada en el testamento de forma que sumada a las participaciones de las que ya eran titulares da un determinado porcentaje para cada uno de ellos, lo que aceptan. Tras la aprobación del segundo punto del orden del día relativo a las cuentas anuales del ejercicio 2018, se entra en el tercero relativo a la propuesta de aplicación del resultado de 882.500,34 euros obtenido. Se propone aplicar 400.000 euros a reserva legal, 115.612,53 a reservas de capitalización y 366.887,81 euros a reservas voluntarias. Se aprueba la propuesta votando en contra doña M.J.L.F. quien expresamente protesta por la insuficiencia del dividendo. Consta a continuación que se asume por los tres socios el compromiso de repartir dividendos si fuera necesario para el pago de impuestos sobre sucesiones de don J.L.L.F.

b) El día 23 de julio de 2019 notificó mediante acta notarial a la sociedad el ejercicio de su derecho de separación de conformidad con el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital por reunir los requisitos establecidos en dicho precepto.

Acompaña copia del acta de notificación autorizada por el notario de Lugo don José Manuel López Cerón en fecha 18 de julio de 2019 por la que notifica a la sociedad el ejercicio de su derecho de separación. De su diligencia de fecha 23 de julio de 2019 resulta la entrega de cédula.

c) La solicitante afirma que no existiendo acuerdo con la sociedad sobre ninguno de los aspectos a que se refiere el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital, solicita del registrador 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 tal y como resulta del acta de la junta general celebrada el día 28 de junio de 2019, se acordó asignar el derecho de representación de las participaciones que las socias recibieron por herencia de su padre, así como aceptaron que la participación de cada una de ellas, tanto a título individual como derivada de dicha sucesión, equivalía a la que allí se expresa. Por tanto, la solicitante, titular individual del 7,51% del capital social y de otro 11,49% por dicha sucesión no puede pretender una separación parcial de la sociedad. 2.º Que en la citada junta, después de aprobar la propuesta de aplicación de resultado se acordó repartir dividendos si fuera necesario para el pago del impuesto de sucesiones. La razón para ello fue que no estaba cuantificado dicho impuesto por lo que en junta general celebrada el día 25 de septiembre de 2019 se acordó dicho reparto correspondiendo a la solicitante 560.500 euros. De aquí resulta que la voluntad de la junta general de 28 de junio de 2019 fue repartir dividendos, pero posponiendo su cuantía al momento posterior en que se conociese el importe del impuesto. 3.º Que la solicitante no hace constar la respuesta que dio la sociedad a su notificación de ejercicio de derecho de separación en la que se le decía que no cabía una separación parcial.

III

La registradora mercantil de Lugo, doña María Núñez Núñez dictó resolución en fecha 14 de enero de 2020 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 353 de la Ley de Sociedades de Capital.

IV

Doña M.C.L.F, actuando como representante de la sociedad, por escrito de fecha XXX 2020, que tuvo entrada el 7 de febrero de 2020 en el Registro Mercantil de Lugo, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a, resumidamente, los siguientes argumentos: 1.º Que la solicitante sólo expresa en su solicitud la titularidad de las participaciones anteriores al fallecimiento de su padre don J.L.L.F. Que sin embargo también era titular de las que recibió por herencia de su padre titular del 79,43% del capital social quien, en su testamento, dispuso un legado a favor de M.C.L.F. de las participaciones de que era titular hasta que esta alcanzase el porcentaje del 51% del total capital social, instituyendo en el remanente como herederos por partes iguales a sus tres hijos. Que doña M.C.L.F. se adjudicó el legado en la proporción necesaria quedando fuera del legado y a repartir entre los tres hermanos el resto de participaciones del causante correspondiendo a la solicitante el 11,49% del total capital social. Que en la junta general de 28 de junio de 2019 se formalizó de forma tácita la aceptación de la herencia al aceptar todos los herederos la participación que les suponía y que consta en el acta notarial. Que correspondiendo a la solicitante el 19% del total capital de la sociedad el ejercicio del derecho de separación debe ejercitarse por dicha totalidad y no solo por la parte que ostentaba con anterioridad. Que teniendo el derecho de separación el objetivo de apartarse de una sociedad no puede ejercitarse parcialmente por lo que constituye un fraude de ley pretender lo contrario. Que así resulta del burofax que la solicitante remitió a la sociedad en el que pone de manifiesto ser titular del total porcentaje que le corresponde tanto con anterioridad como con posterioridad por título hereditario, pero afirma haber ejercitado el derecho de separación sólo sobre el porcentaje anterior, pero solicitando al mismo tiempo el pago de dividendo por la totalidad. Que existiendo una aceptación tácita de la herencia no puede aceptarse un ejercicio parcial del derecho de separación. 2.º Que tal y como se argumentó en el escrito de oposición la junta general de 28 de junio de 2019 adoptó el acuerdo de repartir dividendo en la forma que allí se expone y que se reitera en el escrito de recurso añadiendo que, como se ha hecho constar, la solicitante aceptó el pago del dividendo que lo fue en importe suficiente para que no proceda el derecho de separación. Que en definitiva la junta de 25 de septiembre de 2019 ejecutó el acuerdo de reparto de dividendo en los términos acordados en la de 28 de junio. 3.º Que se reitera que la sociedad se opuso al ejercicio parcial del derecho de separación como contestación a la notificación de 23 de julio de 2019.

V

Doña M.J.L.F., mediante escrito dirigido al Registro Mercantil de Lugo lleva a cabo las siguientes alegaciones: 1.º Que la sociedad no rebate el hecho de que se dan los presupuestos del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. 2.º Que la compañía atribuye a la solicitante una aceptación tácita y pura y simple de la herencia, así como una concreta adjudicación de participaciones extrayendo la consecuencia de que existe un fraude de ley.

Que no procede afirmar que la herencia se aceptó tácitamente en la junta general de 28 de junio de 2019. Que a día de hoy no existe consenso entre los herederos sobre la valoración de la herencia ni existe partición ni adjudicación por lo que no hay identificación y determinación de las concretas participaciones que cada uno de los coherederos ostenta. Que no existe un derecho de separación parcial pues la parte ostenta un porcentaje del capital social y además un interés legítimo sobre otro pendiente de adjudicar. Que el hecho de que en la solicitud se identifiquen las participaciones de que se es titular indubitada no implica un ejercicio parcial del derecho. Que el hecho de que existiera un posterior reparto de dividendo no empece el hecho de que no se acordara en la reunión anterior sin que exista un derecho al arrepentimiento como ha establecido el Tribunal Supremo en su sentencia de 18 de octubre de 2012. Que no se reconoce eficacia jurídica al párrafo del acta relativo al posterior reparto de dividendo para el pago del impuesto. Que no se acepta la valoración que hace la otra parte. 3.º Que aunque la sociedad afirma que se opuso al derecho de separación sus actos revelan lo contrario.

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 de 21 de febrero y 23 de noviembre de 2001, 4 de julio de 2007 y 18 de diciembre de 2008, así como las sentencias 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, 11 de junio, 2, 4 y 23 de octubre, 6, 14, 22, 23, 26 y 28 de noviembre y 17 y 18 de diciembre de 2018 y 14 y 21 (primera y segunda) de febrero, 7, 26 (primera, segunda y tercera), 28 (primera y segunda), y 29 de marzo, 15 y 22 (primera, segunda y tercera), de abril, 10 (tercera y quinta), y 16 (primera, segunda y tercera), de mayo y 6 (tercera y sexta) y 26 (quinta y sexta), de junio, 12 de septiembre (primera y segunda), 26 de noviembre, 3 de diciembre (segunda), 12 de diciembre (primera) y 23 de diciembre (segunda) de 2019, 3 de enero (primera, segunda y tercera), 14 de enero (primera y segunda), 13 de febrero (segunda y tercera), 26 de febrero (primera, segunda, tercera y cuarta), y 12 de marzo de 2020.

1. Ejercitado por una socia de una sociedad de responsabilidad limitada el derecho de separación al amparo del artículo 348 bis de la Ley de Socieda-

des de Capital, la registradora mercantil estima la solicitud. La sociedad recurre en los términos que resultan de los hechos.

Antes de entrar en el fondo de la cuestión esta Dirección General entiende necesario recordar que no procede la designación de experto independiente hasta el momento en que la resolución por la que se estima la solicitud es firme en vía administrativa, circunstancia que de existir recurso contra la resolución del registrador sólo se produce con la resolución de esta Dirección General; así resulta de la previsión del artículo 354.4 del Reglamento del Registro Mercantil: «Transcurrido el plazo de oposición sin haberse planteado ésta o, en otro caso, firme la resolución del Registrador, procederá éste al nombramiento solicitado.», en relación con lo que dispone el artículo 114.1.a de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas: « Ponen fin a la vía administrativa: a) Las resoluciones de los recursos de alzada…»

2. En sede de ejercicio del derecho de separación, 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 corresponde a los socios su ejercicio cuando concurran las circunstancias previstas en la Ley (art. 346 de la Ley de Sociedades de Capital), o en los estatutos (art. 347), momento en el que pueden ejercitarlo unilateralmente sin necesidad de previo acuerdo social (art. 348), y sin perjuicio de las consecuencias que se deriven de la falta de consenso sobre el valor de las participaciones o acciones, la persona que ha de llevar a cabo la valoración o el procedimiento para llevarlo a cabo (art. 353).

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.

También ha afirmado esta Dirección que es la regulación legal o estatutaria la que 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. En definitiva, es el exacto cumplimiento de los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico el que determina que un socio pueda ejercer su derecho de separación y, en su caso, instar del registrador mercantil la designación de un experto independiente en los términos previstos en el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital.

3. En atención a lo anterior, ha reiterado esta Dirección en numerosas 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, 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 (art. 117 de la constitución Española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y resoluciones de este Centro en sede de designación de auditores de 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010, entre otras).

Las distintas alegaciones que llevan a cabo las partes y que se refieren tanto a cuestiones de procedimiento como al fondo del asunto justifican llevar a cabo un pronunciamiento expreso sobre lo que constituye el objeto del expediente administrativo de designación de experto independiente cuya regulación, que se encuentra en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, refleja lo limitado del conocimiento del registrador durante su tramitación y de esta Dirección General en instancia. Con carácter expreso establece el artículo 363.1del 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 de conocimiento, limitado a la verificación de que concurren los requisitos exigidos por la Ley, y de sus medios de conocimiento.

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.

4. Atendidas las consideraciones anteriores resulta que el recurso no puede prosperar pues resulta de los hechos el cumplimiento de los requisitos que para el ejercicio del derecho de separación exige el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

Los razonamientos que de contrario expone la sociedad tanto en su escrito de oposición como en el de recurso no puede alterar dicha afirmación.

En primer lugar, porque es indubitado que la socia ha ejercitado el derecho de separación al amparo del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital sin que la sociedad haya rebatido, salvo lo que se dirá, la concurrencia de los requisitos en el establecidos. No puede confundirse el ejercicio del derecho de separación con las consecuencias de su ejercicio. Para aquel basta que el socio ostente dicha condición pues el artículo 348 bis no exige ni un porcentaje de capital mínimo ni ninguna otra condición para afirmar la legitimación de quien lo ejerce.

Ejercitado el derecho y ya se alcance un acuerdo sobre el valor razonable de las participaciones o acciones o sea determinado por un experto independiente su ejecución exigirá la satisfacción del crédito de liquidación correspondiente.

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.

Será por tanto en este segundo momento cuando se podrá discutir el porcentaje de capital que haya de ser adquirido por la sociedad o que ha de ser objeto de reducción. Cuando, como en el caso presente, un socio es titular por distintos títulos y alguno de ellos está sujeto a cuestión, no por ello desaparece su legitimación para ejercer su derecho sin perjuicio de los problemas de liquidación que se planteen.

Téngase en cuenta que la determinación del valor razonable de las participaciones es independiente de cual sea el porcentaje concreto que el socio que se separa ostenta pues vendrá referido, en cualquier caso, a la valoración que

corresponda a cada una de las participaciones en que se divide el capital social.

Como ha quedado expresado más arriba, el objeto de este expediente consiste estrictamente en determinar si procede o no la designación de experto independiente como consecuencia del ejercicio del derecho de separación. No procede que esta Dirección lleve a cabo ningún pronunciamiento en relación a las cuestiones planteadas que son ajenas a su naturaleza y objeto como son las siguientes: la existencia o no de aceptación de la herencia, la valoración de la conducta de las partes en relación a lo anterior, la existencia o no de efectiva distribución de las participaciones del causante... 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.

En definitiva, siendo incuestionado que la solicitante tiene la condición de socia de la sociedad y, salvo lo que ahora se dirá, que reúne los requisitos exigidos por el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital procede desestimar el motivo de recurso.

5. Tampoco puede aceptarse el argumento de que en realidad la junta general de 28 de junio de 2019 sí que llevó a cabo una previsión de reparto de dividendo. Del acta notarial de la junta resulta con toda claridad cuál fue la propuesta de aplicación del resultado, detallándose las distintas partidas a la que iría destinado no siendo ninguna de ellas el dividendo. Así debe constar igualmente en las cuentas anuales que la propia junta había acordado en el punto del día inmediato anterior.

Es cierto que en la propia acta se recoge que se asume por los tres socios «el compromiso de repartir dividendo si fuera necesario para el pago de impuestos sobre sucesiones de don J.L.L.F.», pero esta afirmación no empece el acuerdo anterior que es el legalmente previsto para determinar el destino del beneficio obtenido (art. 164 de la Ley de Sociedades de Capital).

La interpretación que hace la sociedad recurrente no resiste la confrontación con los hechos derivados de la documentación que obra en el expediente: hubo un acuerdo de aplicación de resultado el día 28 de junio de 2019 y hubo un posterior acuerdo de 25 de septiembre de 2019 de destinar determinadas cantidades al pago del impuesto de sucesiones derivado del fallecimiento del padre de los socios.

Este acuerdo posterior no puede retrotraer sus efectos a la fecha de la celebración de la junta general ordinaria de 28 de junio de 2019. Como ha afirmado nuestro Tribunal Supremo (*vid.* Sentencia de 26 de enero de 2006), es indudable que la sociedad puede «rectificar, desistir, arrepentirse o renunciar»

un acuerdo que previamente haya adoptado, pero siempre con pleno respeto a las normas del ordenamiento jurídico y con efectos *ex nunc* pues no puede pretenderse dejar sin efecto aquellos ya producidos. Y es que, afirma la propia Sentencia: «No hay, en primer lugar, tal restablecimiento (de una situación anterior), sino una nueva modificación que carece de efectos retroactivos, que sólo cabe reconocer a las Leyes que así lo dispongan (art. 2.3 CC) dentro de los límites de seguridad que señala el artículo 9.3 de la Constitución…».

Con mayor contundencia la Sentencia de 18 de octubre de 2012 afirma: «…la primera premisa de la que debemos partir es que nuestro sistema admite de forma expresa que las sociedades mercantiles adopten acuerdos que dejen sin efecto los anteriores, mediante la adopción de otros para revocar expresamente los adoptados o mediante la adopción de otros incompatibles. Ello, sin perjuicio de que, como indica la sentencia 32/2006, de 23 de enero (RJ 2006, 256), no existe un «derecho al arrepentimiento» con proyección sobre derechos adquiridos por terceros e incluso por socios a raíz del acuerdo revocado…».

Como pone de relieve la reciente resolución de 17 de abril de 2017 de este Centro Directivo en materia de recursos contra las calificaciones de los registradores, de la doctrina jurisprudencial expuesta resulta que el acuerdo revocatorio de otro anterior no puede perjudicar ni alterar situaciones jurídicas con proyección sobre intereses de tercero, pues de otro modo quedaría en manos de la propia sociedad el ejercicio de los derechos individuales que al socio otorga el ordenamiento jurídico.

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.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Lugo, doña María Núñez Núñez de fecha 14 de enero de 2020.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio,

del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 20 de marzo de 2020 (2.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 1 de junio de 2020 (1.ª)

En el expediente 6/2020 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Elitex Protection, S.L.».

HECHOS

I

Doña S.P.L., actuando como representante de la sociedad Abbast Tradicional S.L. presentó un escrito de fecha 13 de noviembre de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Cuenca, en el que solicitó, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio su representada de « Elitex Protection, 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 al amparo del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

Fundamenta su solicitud en los siguientes extremos de acuerdo a la documentación que se acompaña:

a) Que la sociedad celebró junta general ordinaria el día 1 de agosto de 2019 en la que, con su voto en contra, se aprobó el punto del orden del día relativo a la propuesta de aplicación del resultado del ejercicio 2018 a reservas legales. Que se opuso a la propuesta votando negativamente y haciendo constar en el acta su protesta.

Acompaña copia del acta notarial de junta general de fecha 1 de agosto de 2019 autorizada por el notario de Cuenca doña María del Carmen Martínez Martínez.

b) Que mediante burofax dirigido a la sociedad en fecha 29 de agosto de 2019 notificó el ejercicio de su derecho de separación al amparo de lo previsto en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. Acompaña copia.

c) Que en junta celebrada el día 4 de septiembre de 2019 se acordó otorgarse el plazo de un mes para llegar a un acuerdo por lo que transcurrido dicho plazo sin que se haya llegado a acuerdo alguno comunicó a la sociedad la iniciación del procedimiento registral de 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: Que de conformidad con el artículo 273 de la Ley de Sociedades de Capital sólo es posible el reparto de dividendos una vez cubiertas las atenciones previstas en ley o en estatutos. Que el artículo 274 indica que una cantidad equivalente al diez por ciento del beneficio se destinará a la reserva legal hasta que alcance, al menos, el veinte por ciento del capital social por lo que no cabe reparto de dividendos hasta que la reserva legal cubra ese veinte por ciento. Que siendo el capital social de 350.000 euros, el importe de la reserva legal de 70.000, y estando actualmente cubierta dicha reserva en la cantidad de 46.364,36 queda por cubrir la cantidad de 8.854,56 euros, por lo que no procede reparto de dividendos.

III

El registrador mercantil de Cuenca, don Manuel Alonso Ureba dictó resolución en fecha 23 de diciembre de 2019 por la que acordó admitir la oposición y resolver la improcedencia del nombramiento del experto solicitado.

Doña S.M.P.L. interpuso recurso ante la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública en fecha 8 de enero de 2020 por lo que el registrador mercantil modificó su resolución mediante otra de 20 de enero de 2020 estimando la solicitud y resolviendo la procedencia de designación de experto independiente.

IV

Don J.V. de M., como administrador, por escrito de fecha 3 de febrero de 2020, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Cuenca, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base al mismo argumento en que fundamento su escrito de oposición: que no estando cubierta la reserva legal del 20% de capital el artículo 273 de la Ley de Sociedades de Capital impide o prohíbe el reparto de dividendo lo que excluye el derecho de separación.

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 de 21 de febrero y 23 de noviembre de 2001, 4 de julio de 2007 y 18 de diciembre de 2008, así como las sentencias 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, 11 de junio, 2, 4 y 23 de octubre, 6, 14, 22, 23, 26 y 28 de noviembre y 17 y 18 de diciembre de 2018 y 14 y 21 (primera y segunda) de febrero, 7, 26 (primera, segunda y tercera), 28 (primera y segunda), y 29 de marzo, 15 y 22 (primera, segunda y tercera), de abril, 10 (tercera y quinta), y 16 (primera, segunda y tercera), de mayo y 6 (tercera y sexta) y 26 (quinta y sexta), de junio, 12 de septiembre (primera y segunda), 26 de noviembre, 3 de diciembre (segunda), 12 de diciembre (primera) y 23 de diciembre (segunda) de 2019, 3 de enero (primera, segunda y tercera), 14 de enero (primera y segunda), 13 de febrero (segunda y tercera), 26 de febrero (primera, segunda, tercera y cuarta), y 12 de marzo de 2020.

1. Una sociedad que es socio de otra sociedad de responsabilidad limitada, ejerce el derecho de separación al amparo del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. El único motivo de recurso de la sociedad que se opone consiste en la afirmación de que no estando debidamente provista la reserva legal a que se refiere el artículo 274 de la misma ley.

2. La cuestión de la determinación de la base para el cómputo del porcentaje a que se refiere el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital ha sido objeto de atención por esta Dirección General (*vide* vistos), que tiene declarado lo siguiente: de conformidad con el artículo 273 de la Ley de Sociedades de Capital: «1. La junta general resolverá sobre la aplicación del resultado del ejercicio de acuerdo con el balance aprobado. 2. Una vez cubiertas las atenciones previstas por la ley o los estatutos, sólo podrán repartirse dividendos con cargo al beneficio del ejercicio, o a reservas de libre disposición, si el valor del patrimonio neto no es o, a consecuencia del reparto, no resulta ser inferior al capital social. A estos efectos, los beneficios imputados directamente al patrimonio neto no podrán ser objeto de distribución, directa ni indirecta. Si existieran pérdidas de ejercicios anteriores que hicieran que ese valor del patrimonio neto de la sociedad fuera inferior a la cifra del capital social, el beneficio se destinará a la compensación de estas pérdidas. 3. Se prohíbe igualmente toda distribución de beneficios a menos que el importe de las reservas disponibles sea, como mínimo, igual al importe de los gastos de investigación y desarrollo que figuren en el activo del balance.»

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.»

En consecuencia, para la determinación de la base de reparto sobre la que ha de computarse el porcentaje a que se refiere el artículo 348 bis es preciso partir del concepto de «beneficios obtenidos durante el ejercicio anterior que sean legalmente distribuibles», a que se refiere el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, cantidad que viene determinada en el balance y en la cuenta de pérdidas y ganancias. Una vez determinada la cantidad que consti-

tuye el beneficio de la sociedad a efectos de reparto o distribución es preciso disminuirla con aquellas cantidades que tengan un destino obligatorio por establecerlo la Ley (señaladamente, la reserva legal a que se refiere el artículo 274 de la Ley de Sociedades de Capital), o los estatutos. Finalmente es preciso que la existencia de pérdidas de ejercicios anteriores se compense de modo que el patrimonio neto no caiga por debajo de la cifra de capital. Fuera de este supuesto, la cifra resultante constituirá la base sobre la que ha de llevarse a cabo el cálculo del porcentaje que ha de destinarse a dividendo mínimo a efectos del ejercicio del derecho de separación a que se refiere el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

3. En el supuesto que da lugar a la presente el balance correspondiente al ejercicio 2018 depositado en el Registro Mercantil muestra que la sociedad tiene un capital de 350.000 euros lo que conlleva que el importe de la reserva legal asciende a 70.000 euros. Dado que la reserva, según el mismo balance asciende a 46.364,36 resulta evidente que aquella no está completamente dotada.

Por otro lado, el propio balance y la cuenta de resultado muestran que ha existido un beneficio en el ejercicio que asciende a 14.780,78 euros. De conformidad con el párrafo primero del artículo 274 de la Ley de Sociedades de Capital la sociedad se encuentra en este caso obligada a destinar «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.» Sin embargo, la sociedad ha acordado la totalidad del beneficio a dotar la reserva legal cuando bastaba con que destinase a tal fin el diez por ciento de esa cantidad.

Procede en consecuencia la desestimación del recurso pues la sociedad no ha destinado el porcentaje de «al menos, el veinticinco por ciento de los beneficios obtenidos durante el ejercicio anterior que sean legalmente distribuibles», situación en la que el socio que ha hecho constar en el acta su protesta, está legitimado para el ejercicio del derecho de separación tal y como resulta del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

La lectura del artículo 274 de la Ley que lleva a cabo la sociedad recurrente es insostenible pues pretende que el precepto afirma que la totalidad del beneficio sea destinado a dotar la reserva legal hasta llegar al máximo cuando lo que realmente dice es que el diez por ciento del beneficio se destine a dicha finalidad. Así resulta de la simple lectura del precepto transcrito más arriba que no prohíbe el reparto de dividendo mientras no esté dotada en su integridad la reserva legal, sino que se limita a imponer que parte del beneficio se destine a tal fin hasta la completa dotación. No existiendo en definitiva limitación alguna para que la sociedad aprobase el reparto de dividendo en la cuantía mínima establecida en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, procede el ejercicio del derecho de separación y la designación de experto solicitada.

Atendiendo a las circunstancias de hecho y a los Fundamentos de Derecho expuestos, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Cuenca, don Manuel Alonso Ureba de fecha 20 de enero de 2020.

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

De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 1 de junio de 2020 (1.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 1 de junio de 2020 (2.ª)

En el expediente 11/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Promociones Baviera West, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 2 de enero de 2020, dirigido al Registro Mercantil de Toledo, 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 «Promociones Baviera West, S.L», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

Junto con dicha solicitud acompaña fotocopia de la escritura de elevación a público de documento privado de compraventa de participaciones sociales otorgada en Alcobendas, el 16 de noviembre de 2017, ante el notario Ignacio Carpio González, protocolo 543/2017.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 16 de enero de 2020 en el domicilio social, que es recibido el día 20 del mes siguiente. Don ….., en su condición de administrador único de la mercantil, formula oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito de fecha 22 de enero de 2020, que tuvo su entrada en el Registro Mercantil el día 24 del mismo mes, alegando, en esencia, que el solicitante carece de la condición de socio, pues no figura inscrito en el Libro Registro de socios, y de legitimidad para formular la solicitud, al negar validez a la escritura de protocolización aportada por el solicitante.

III

La registradora mercantil de Toledo, doña Pilar del Olmo López, dictó resolución de fecha 31 de enero de 2020 por la que resolvió desestimar la oposición y dar traslado a la sociedad de dicha resolución a los efectos de la posible interposición de recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en el plazo legal, transcurrido el cual, sin haberse presentado recurso, procedería al nombramiento de auditor de cuentas solicitado.

IV

Don ….., en su condición de administrador único de la mercantil, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 31 de enero, reiterando el argumento anteriormente expuesto al negar la legitimidad del solicitante, alegando, en esencia, que el solicitante carece de legitimidad para formular la solicitud, al negar validez a la escritura de protocolización aportada por el solicitante, no tratándose ya «de la ausencia de inscripción en el Libro de Socios, sino sobre todo de la eficacia de las fotocopias acompañadas por el solicitante».

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. En primer lugar, y desde el punto de vista formal, hay que tener en cuenta que el objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital prevé para que se acuerde la pertinencia del nombramiento de auditor a instancia de la minoría. La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer

a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la constitución española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial). 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. Por lo que se refiere a la cuestión de fondo, vuelve a plantearse ante esta Dirección una cuestión sobre la que ha tenido ocasión de pronunciarse de modo reiterado por lo que procede aplicar la doctrina al efecto elaborada. De acuerdo con dicha doctrina (resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012, 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, 13 de mayo,17 de junio de 2014 y de 24 de septiembre de 2015 entre otras muchas), este Centro Directivo ha mantenido que la finalidad del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital es la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la estructura empresarial, para lo cual dicho artículo reconoce y regula el derecho a la verificación de la contabilidad social por un profesional independiente nombrado por el Registrador Mercantil a instancia de los socios que reúnan un mínimo de participaciones sociales o acciones equivalentes al 5% del capital social y siempre que presenten su solicitud en los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social.

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

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

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

3. En el presente expediente el recurso planteado no puede prosperar por el motivo anteriormente referido.

En primer lugar, no ha quedado desvirtuada la legitimidad del solicitante puesto que la propia mercantil en ningún momento desvirtúa el principio de prueba de la titularidad aportado por el solicitante, limitándose a negarlo de manera abstracta. Efectivamente, don ….. para acreditar su condición de socio presenta fotocopia de la escritura de elevación a público de documento privado de compraventa de participaciones sociales otorgada en Alcobendas, el 16 de noviembre de 2017, ante el notario Ignacio Carpio González, protocolo 543/2017.

Como anteriormente se ha expuesto la sociedad simplemente manifiesta la carencia de legitimación activa para iniciar el presente expediente por parte del solicitante al negar la validez del negocio contenido en el referido título; negando, en sede de oposición, incluso la validez a la escritura de protocolización aportada por el solicitante. Es más, la propia mercantil en ningún momento niega el cumplimiento del requisito objetivo de que el solicitante sea titular de al menos el 5% del capital social, extremo que la propia sociedad no discute. Sobre la cuestión de la legitimación del socio minoritario ha tenido ocasión de pronunciarse reiteradamente esta Dirección General manteniendo que es suficiente la aportación de un principio de prueba para entenderla acreditada, pues se estima que el artículo 351.2 Reglamento del Registro Mercantil 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». Es por tanto a la sociedad a la que corresponde desvirtuar dicho principio de prueba, aportando, a su vez, prueba suficiente como para deducir que el solicitante no ostentaba, en el momento de la solicitud, la legitimación que alegó. Con ello se pretende no introducir un desequilibrio en el principio de igualdad jurídica de las partes intervinientes en el procedimiento.

El peticionario aportó un principio de prueba por escrito de su titularidad sobre un 50% de las participaciones sociales consistente en fotocopia de la

escritura de elevación a público de documento privado de compraventa de participaciones sociales otorgada en Alcobendas, el 16 de noviembre de 2017, ante el notario Ignacio Carpio González, protocolo 543/2017, por la que se procede a la adquisición de 250 de las mencionadas participaciones sociales, representativas del 50% del capital social.

Por todo ello debe concluirse que la sociedad no ha desvirtuado el principio de prueba de la legitimidad del solicitante debiendo ser desestimado el presente recurso. Lo anterior, unido al cumplimiento por parte del solicitante 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 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 2019.

Atendiendo a las circunstancias de hecho y a los Fundamentos de Derecho expuestos, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Toledo, doña Pilar del Olmo López, de fecha 31 de enero de 2020.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 1 de junio de 2020 (2.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 1 de junio de 2020 (3.ª)

En el expediente 14/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Promociones Marineda, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. y doña ….. presentaron escrito de fecha 2 de enero de 2020, dirigido al Registro Mercantil de La Coruña, en el que tuvo su entrada el mismo día 2 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 «Promociones Marineda, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

II

El registrador mercantil de La Coruña dio traslado de la anterior solicitud a la mercantil por resolución de fecha 7 de enero de 2020, a los efectos, en su caso, de formalizar oposición al nombramiento solicitado.

III

Por medio de escrito de fecha 10 de enero de 2020, que tuvo su entrada en el Registro Mercantil el día 13 del mismo la sociedad se opuso a la pretensión de los socios alegando, en esencia, tener ya auditor nombrado para el ejercicio solicitado.

IV

El registrador mercantil de La Coruña, don Enrique Rajoy Brey, dictó resolución de fecha 16 de enero de 2020 por la que acordó la improcedencia del nombramiento de auditor solicitado al constar ya inscrito con fecha 14 de enero de 2020 el nombramiento de auditor voluntario de la mencionada sociedad para el ejercicio 2019.

V

Don ….. y doña ….. interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de fecha 16 de enero de 2020, alegando, en esencia, que, cuando se presentó la solicitud de nombramiento de auditor, no estaba inscrito en el Registro Mercantil dicho nombramiento, que no se produjo hasta el 14/1/2020.

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. En cuanto al fondo del 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 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 auditoria 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 resulta por un lado que los socios minoritarios presentan su solicitud en el Registro Mercantil en fecha 2 de enero de 2020 y, por otro, que ha sido nombrado auditor voluntario para el mismo ejercicio con carácter previo, en concreto con fecha 13 de noviembre de 2019, así como que dicho nombramiento consta inscrito en la hoja social con fecha 14 de enero de 2020, tras su presentación a inscripción con fecha 30 de diciembre de 2019, todo ello, según resulta del propio expediente.

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 debe prosperar ya que ha quedado acreditado tanto el nombramiento anterior como la inscripción en la hoja social de dicho nombramiento con fecha 14 de enero de 2020, tras su presentación a inscripción con fecha 30 de diciembre de 2019. 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 (art. 4.1 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas). Procedería por este mismo motivo también la desestimación del recurso.

Por tanto, debe concluirse que ha quedado acreditado tanto el nombramiento anterior de auditor de manera voluntaria por la sociedad así como su presentación a inscripción en el Registro Mercantil con anterioridad, por lo que debe concluirse 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 de los socios minoritarios; b) que no existe indicio alguno que permita afirmar que la actuación de la sociedad ha tenido por finalidad defraudar el derecho de los solicitantes, 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 los interesados consideran que el nombramiento o 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.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de La Coruña, don Enrique Rajoy Brey, de fecha 16 de enero de 2020, por la que acordó la improcedencia del nombramiento de auditor solicitado al constar ya inscrito con fecha 14 de enero de 2020 el nombramiento de auditor voluntario de la mencionada sociedad para el ejercicio 2019.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 1 de junio de 2020 (3.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 1 de junio de 2020 (4.ª)

En el expediente 15/2020 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Atccio Mar, S.L.»

HECHOS

I

Don J.M.M.R., como apoderado de la sociedad Marcopesca Import S.L., presentó un escrito de fecha 20 de enero de 2020, 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 su representada de « Atccio Mar, 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 al amparo del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

Fundamenta su solicitud en los siguientes extremos de acuerdo a la documentación que se acompaña:

a) Que la sociedad Atccio Mar S.L. ha obtenido beneficios en los ejercicios 2013 a 2018 que han sido destinados siempre a reservas sin que se haya abonado dividendo alguno.

Acompaña copia de las actas de las juntas generales ordinarias relativas a los ejercicios 2015, 2016 y 2017. Además, acompaña copia del acta notarial autorizada por el notario de Valencia don Juan Francisco Baixauli Alonso el día 18 de diciembre de 2019 por la que se le requiere para que levante acta de la junta general de la sociedad Atccio Mar S.L. a celebrar el día 27 de diciembre de 2019. De su diligencia de dicha fecha resulta que se constituye la junta general con la asistencia de socios que representan el 98,43% del capital social. Resulta de la diligencia que en el primer punto del orden del día relativo al examen y aprobación en su caso de las cuentas anuales, aplicación del resultado e informe de gestión correspondiente al ejercicio cerrado el día 31 de diciembre de 2018, se expone que el resultado positivo del ejercicio se destina íntegramente a reservas y los motivos para ello. Consta que el representante de la socia Marcopesca S.L. vota en contra de la propuesta solicitando el reparto de dividendos.

b) Que la sociedad que representa notificó por medio de burofax a los administradores mancomunados de Atccio Mar S.L. el día 13 de enero de 2019 con propuesta de valoración. Que la sociedad destinataria no ha contestado.

Acompaña copia de burofax firmado por quien ahora realiza la solicitud en nombre de la sociedad.

c) Que acompaña informe de una economista relativo al valor de las participaciones.

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 solicitante nunca ha abierto un debate sobre el porqué del traslado a reservas de los saldos positivos de cada ejercicio pese a lo que se le explicó en la junta general. Que el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital exige que el socio haya votado a favor de la distribución de los beneficios sociales sin que tampoco haya explicitado los motivos para ello. 2.º Que tampoco ha existido ningún debate social sobre la valoración de las participaciones por lo que no se puede hablar ni de acuerdo ni de desacuerdo. 3.º El socio solicitante nunca ha impugnado ninguna de las juntas a que se refiere. 4.º Que la sociedad tiene designados auditores desde el ejercicio 2016. 5.º Que la sociedad impugna el documento incorporado a la solicitud relativo a la valoración de las participaciones sociales.

III

El registrador mercantil de Valencia núm. 1, don Rodolfo Bada Maño dictó resolución en fecha 10 de febrero de 2020 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 353 de la Ley de Sociedades de Capital.

IV

Doña M.M.B. y don C.P.F., como administradores de la sociedad, por escrito de fecha 25 de febrero de 2020, que tuvo entrada el día 27 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 No figura aportada la

documentación que acredite la representación del solicitante para actuar en nombre de la sociedad representada. 2.º Que el socio solicitante nunca ha abierto un debate sobre el porqué del traslado a reservas de los saldos positivos de cada ejercicio pese a lo que se le explicó en la junta general. Que el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital exige que el socio haya votado a favor de la distribución de los beneficios sociales sin que tampoco haya explicitado los motivos para ello. Tampoco ha impugnado el socio ninguno de los acuerdos adoptados en junta general desde el año 2014. 3.º Que no ha existido tiempo para debatir la valoración propuesta por la sociedad socio de donde no resultan cumplidos los requisitos establecidos en el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital lo que a su vez implica el incumplimiento de los requisitos para la tramitación del expediente. 4.º Que la sociedad tiene designados auditores para los ejercicios 2018, 2019 y 2020, así como se designó para los ejercicios 2016 y 2017 sin que sus informes hayan sido impugnados o confrontados de otro modo. Que la actuación de la sociedad socio supone un 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 de 21 de febrero y 23 de noviembre de 2001, 4 de julio de 2007 y 18 de diciembre de 2008, así como las sentencias 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, 11 de junio, 2, 4 y 23 de octubre, 6, 14, 22, 23, 26 y 28 de noviembre y 17 y 18 de diciembre de 2018 y 14 y 21 (primera y segunda) de febrero, 7, 26 (primera, segunda y tercera), 28 (primera y segunda), y 29 de marzo, 15 y 22 (primera, segunda y tercera), de abril, 10 (tercera y quinta), y 16 (primera, segunda y tercera), de mayo y 6 (tercera y sexta) y 26 (quinta y sexta), de junio, 12 de septiembre (primera y segunda), 26 de noviembre, 3 de diciembre (segunda), 12 de diciembre (primera) y 23 de diciembre (segunda) de 2019, 3 de enero (primera, segunda y tercera), 14 de enero (primera y segunda), 13 de febrero (segunda y tercera), 26 de febrero (primera, segunda, tercera y cuarta), y 12 de marzo de 2020.

1. Una sociedad limitada, socio a su vez de una sociedad de responsabilidad limitada ejercita el derecho de separación al amparo del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital como consecuencia de los acuerdos adop-

tados en la junta general de 27 de diciembre de 2019 en relación al ejercicio cerrado el día 31 de diciembre de 2018. El registrador mercantil estima la solicitud y la sociedad objetivo, que previamente había ejercitado su derecho de oposición, recurre en los términos que resultan de los hechos.

2. Como cuestión formal, la sociedad recurrente alega que el firmante de la solicitud no había acreditado en el expediente la condición de apoderado con poder inscrito en el Registro Mercantil que resulta de su escrito. El motivo no puede ser aceptado pues del registro particular de la sociedad, inscrita en el Registro Mercantil de Valencia, resulta el carácter de apoderado con facultades bastantes del firmante de la solicitud.

3. Por lo que se refiere a las cuestiones de fondo no pueden ser estimadas por esta Dirección General por cuanto ninguna de ellas, sin perjuicio de lo que se dirá, tiene virtualidad para enervar el hecho de que se dan las circunstancias establecidas en el artículo 348 bis para que proceda la designación de experto independiente al amparo de la regulación del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital.

En primer lugar, porque de ninguno de los preceptos citados resulta la exigencia legal de que exista un previo debate entre el socio y la sociedad que le impida el ejercicio de su derecho si se reúnen los requisitos legalmente establecidos.

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

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.

De lo anterior resulta que (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 con-

curran los requisitos legalmente establecidos. Ejercitado el derecho y con el fin de determinar el crédito de separación (art. 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.

Por la misma razón no puede entrar este Centro Directivo en la cuestión de si el valor propuesto por la parte solicitante es adecuado o no a las participaciones que ostenta en la sociedad. Es competencia del experto independiente que se designe determinar el valor razonable de las participaciones por lo que cualquier alegación al respecto debe hacerse en ejecución de los trabajos que ha de llevar a cabo o posteriormente en el procedimiento judicial que, en su caso, se entable.

4. Tampoco el hecho de que el socio no haya impugnado acuerdo alguno de aprobación de cuentas o de aplicación del resultado tiene trascendencia a los efectos del procedimiento de designación de experto independiente. Se trata de cuestiones completamente distintas.

La impugnación de los acuerdos sociales busca una declaración judicial de que un acuerdo social no es conforme a derecho por las causas establecidas en el ordenamiento (art. 204.1 de la Ley de Sociedades de Capital), para lo que están legitimadas las personas igualmente determinadas (art. 206) para el ejercicio de las acciones previstas en la ley (art. 207). Si la acción prospera el órgano jurisdiccional declara la nulidad del acuerdo produciendo los efectos que legalmente procedan (art. 208 de la Ley de Sociedades de Capital en relación con el artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

El ejercicio del derecho de separación al amparo del artículo 348 bis implica la válida adopción de un acuerdo sobre aplicación del resultado en el ámbito de una junta general válidamente celebrada. La legitimación para el ejercicio está restringida a los socios de la sociedad y sus efectos en nada tienen que ver con los derivados del ejercicio de una acción de impugnación (*vide* arts. 356 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital). Nada tiene que ver en definitiva una cosa con la otra por lo que no puede afirmarse que el no ejercicio de una acción de impugnación condicione en modo alguno el ejercicio de un derecho individual del socio que, además, presume un acuerdo válidamente adoptado.

5. Tampoco tiene relevancia, a los efectos de la presente, el hecho de que la sociedad tenga designados auditores y de que estos hayan realizado sus informes de verificación de cuentas. 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.» (art. 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 (art. 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.

6. Tampoco puede estimarse la alegación de abuso de derecho que la sociedad recurrente achaca a la solicitante. El procedimiento administrativo de designación de experto independiente se regula en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil. Con carácter expreso esta-

blece el artículo 363.1del 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, la pertinencia de nombramiento de un experto independiente que determine el valor razonable de las acciones o participaciones sociales determinando así lo que constituye la competencia del registrador mercantil y de esta Dirección General en alzada.

Consecuencia de la naturaleza limitada del procedimiento que da lugar a la presente, y de su naturaleza escrita sólo 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.»

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. 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.

Así ocurre con el motivo que se refiere a la mala fe del solicitante, al abuso de derecho o a las acciones que pudieran haber llevado a cabo las sociedades

que forman el grupo al que pertenece la solicitante. Es doctrina muy consolidada de esta Dirección que siendo indiscutible que nuestro ordenamiento jurídico no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo pues el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización de buena fe (art. 7 del Código Civil), también lo es que la apreciación de tales circunstancias resulta imposible en 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 (art. 117 de la constitución Española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y resoluciones de 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).

7. Establecido lo anterior, sin su perjuicio, y en aplicación del principio de legalidad esta Dirección General se ve abocada a revocar la resolución del registrador y a denegar la designación de experto solicitada porque resulta del expediente que la solicitante no ha cumplido con uno de los requisitos establecidos por el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital; en concreto con el que hace referencia a la constancia de protesta en el acta de la junta.

El artículo 348 bis reformado (Ley 11/2018, de 28 de diciembre por la que se modifica el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad), en la parte que interesa a la presente, dice así: «1. Salvo disposición contraria de los estatutos, transcurrido el quinto ejercicio contado desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad, el socio que hubiera hecho constar en el acta su protesta por la insuficiencia de los dividendos reconocidos tendrá derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, el veinticinco por ciento de los beneficios obtenidos durante el ejercicio anterior que sean legalmente distribuibles siempre que se hayan obtenido beneficios durante los tres ejercicios anteriores…»

De la simple comparación entre el texto actual y el anterior resalta la necesidad, que ahora impone el precepto, de que el socio haga constar en el acta de la junta su protesta.

Esta diferencia resulta esencial pues a diferencia de la exigencia de la redacción anterior no basta con que el socio vote en contra de la propuesta de aplicación del resultado. Como reiteró esta Dirección General (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 anteriormente vigente, exigía únicamente que el socio no hubiera votado a favor de una propuesta que no contemplase el reparto, en forma de dividendo, del resultado obtenido en el ejercicio en la proporción mínima que dicho precepto contemplaba. En definitiva, que resultase patente la voluntad del socio de no aceptar una propuesta de aplicación del resultado que no destinase al reparto de dividendo, al menos, la cantidad exigida por la redacción entonces vigente.

La redacción ahora vigente no pone la atención sobre el sentido del voto del socio en el acuerdo de aplicación del resultado, sino en la expresión de protesta que debe constar en el acta de la junta sobre la insuficiencia que resulta del acuerdo adoptado. De la lectura del artículo legal resulta con claridad la distinción entre el acuerdo por el que la junta no acuerda la distribución del dividendo en la proporción exigida y la acción del socio de dejar constancia en el acta su protesta sobre dicha circunstancia. Se trata de momentos y de requisitos distintos: por un lado, el momento de adopción por la junta general de un acuerdo sobre la propuesta de aplicación del resultado (art. 273 de la Ley de Sociedades de Capital), siendo requisito que la junta haya adoptado un acuerdo determinado sobre la distribución del beneficio y, por otro, el momento de elaboración del acta de la junta general (art. 272 de la propia Ley), siendo requisito que el socio haya emprendido la acción de dejar constancia de su protesta sobre el sentido de aquél.

Es en consecuencia la concurrencia del requisito de constancia de la protesta el que determina la pertinencia de ejercicio del derecho de separación sin cuya acreditación en el expediente de designación de experto no procede la estimación de la solicitud del socio.

Así ocurre en el supuesto de hecho en el que, del acta de la junta general aportada por el propio solicitante, no resulta que el mismo haya hecho constar su protesta sobre la insuficiencia de los dividendos reconocidos.

La jurisprudencia se ha referido al sentido que tiene la protesta de un socio en relación a un acuerdo adoptado por la junta general si bien en relación a la regulación que de su impugnación contenía la Ley de Sociedades Anónimas. Dicha doctrina, por ser de interés para la presente, es pertinente traer aquí y, especialmente, la Sentencia 766/2007, de 4 julio que resume así la doctrina del tribunal: «El art. 117, apartado dos, del TRLSA dispone que «para la impugnación de acuerdos anulables están legitimados los accionistas asistentes a la junta que hubiesen hecho constar en acta su oposición del acuerdo». La doctrina jurisprudencial de modo pacífico viene exigiendo que la oposición ha de expresarse con posterioridad a haberse adoptado el acuerdo, no siendo suficiente la oposición anterior, aunque vaya acompañada del voto en contra… En tal sentido se manifiesta la Sentencia de 21 de febrero de 2001 (RJ 2001, 2241), que resume la doctrina de las Sentencias de 18 de septiembre de 1998 (RJ 1998, 6545), 14 de julio de 1997 (RJ 1997, 5470), 13 de noviem-

bre de 1988 SIC (RJ 1989, 7874) (que recoge la plasmada en las anteriores de 22 de diciembre de 1986 [RJ 1986, 7793], 15 de junio [RJ 1987, 4464] y 30 de noviembre de 1987 [RJ 1987, 8709]), y a continuación dice «cuando la Ley exige «constar en acta su oposición al acuerdo» no se está refiriendo a disentir del mismo y exteriorizarlo en la discusión previa en la que cabe la emisión de opiniones encontradas, que puedan ser incluso modificadas; lo que se requiere es que, una vez tomado el acuerdo, conste su oposición claramente aunque de forma libre, explícitamente, aunque no con la frase sacramental del verbo oponerse; en todo caso, que el oponente salve el voto manifestado su oposición al acuerdo de la mayoría, acuerdo que, evidentemente debe haber sido tomado. Para este tema, la opción del legislador manifestada en el texto legal del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 es clara: no da trascendencia jurídica a cualquier manifestación anterior, sino sólo a la de oposición posterior oposición al acuerdo, no a la previsión, proposición o discusión del acuerdo. Esta es la interpretación que ha dado la jurisprudencia, en múltiples sentencias como las relacionadas en el fundamento anterior». Y no se ha aducido ninguna razón, -añadimos aquí-, con la entidad suficiente para poder efectuar un cambio jurisprudencial.»

Aplicando mutatis mutandi la doctrina anterior al supuesto que nos ocupa resulta no sólo correcta la interpretación del artículo 348 bis que se ha llevado a cabo en las consideraciones anteriores sino también la confirmación de que la «protesta» a que se refiere el precepto debe constar de modo explícito, aunque sin que sea exigible el uso de una forma sacramental. Lo trascendente es que conste en el acta de la junta general que el socio que ejerce el derecho de separación con amparo en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital expresa de forma clara e inequívoca su disconformidad con el sentido del acuerdo adoptado en relación a la aplicación del resultado. No resultando así en el supuesto de hecho, procede que esta Dirección se pronuncie en el sentido ya apuntado de no estimar la solicitud de la sociedad y de no reconocer, en consecuencia, la existencia del derecho de separación ni el consecuente de solicitar la designación de experto independiente.

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Valencia núm. 1, don Rodolfo Bada Maño de fecha 10 de febrero de 2020, 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 pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su

notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 1 de junio de 2020 (4.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 1 de junio de 2020 (5.ª)

En el expediente 16/2020 sobre nombramiento de experto a instancia de socios de «Progenex Groom, S.L.»

HECHOS

I

Don J.F.R.M., actuando en representación de don S.R.M. y de doña A.M.R.C., presentó un escrito de fecha 5 de noviembre de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que solicitó, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socios sus representados de «Progenex Groom, 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 adquisición preferente al amparo de los artículos 18, c de los estatutos sociales y de los artículos 110 y 353 de la Ley de Sociedades de Capital.

Fundamenta su solicitud en los siguientes extremos de acuerdo a la documentación que se acompaña:

a) Que sus representados son socios de la sociedad Progenex Groom S.L. ostentando cada uno de ellos el 25% del capital social. Que el 22 de febrero de 2019 falleció el socio titular del 50% restante del capital social, don E.O.S. habiendo notificado sus herederos al órgano de administración de la sociedad en fecha 23 de septiembre de 2019 la adquisición mortis causa de las participaciones sociales correspondientes en virtud de escritura autorizada por el notario de Madrid don Javier Gardeazabal del Rio el día 9 de julio de 2019.

Acompaña copia de un documento firmado el día 23 de septiembre de 2019 por el que doña M.C.M.C., doña M.C.O.M., don M.O.M. y doña Y.O.M., notifican al órgano de administración de Progenex Groom S.L. como herederos de don E.O.S., y en virtud de lo establecido en el artículo 18 c, de los estatutos sociales que las 500 participaciones sociales que ostentaba el fallecido les fueron adjudicadas en virtud de la escritura citada más arriba en la proporción que el propio escrito especifica.

b) Que los ahora solicitantes notificaron a los anteriores, al amparo del artículo 18 de los estatutos sociales, el ejercicio del derecho de adquisición preferente.

Acompaña escrito de fecha 4 de octubre de 2019 por el que los ahora solicitantes notifican a doña M.C.M.C., doña M.C.O.M., don M.O.M. y doña Y.O.M., el ejercicio de su

derecho de adquisición preferente de conformidad con la previsión del artículo 18 c, de los estatutos sociales de la sociedad.

Junto al anterior acompañan copia del documento firmado en fecha 7 de octubre de 2019 por el que el representante de los solicitantes notifica a doña M.C.M.C., doña M.C.O.M., don M.O.M. y doña Y.O.M., su disposición a alcanzar un acuerdo en relación a la transmisión de las participaciones sociales.

c) Que los sucesores del socio fallecido han notificado al órgano de administración de la sociedad la rectificación de la escritura de adjudicación de herencia mediante la escritura autorizada por el notario de Madrid don José María Rivas Díaz el día 17 de octubre de 2019, modificación que no puede alterar el ejercicio ya realizado del derecho de separación.

Acompaña copia del documento fechado el día 17 de octubre de 2019 por el que doña M.C.M.C., doña M.C.O.M., don M.O.M. y doña Y.O.M., notifican al órgano de administración de Progenex Groom S.L. que como consecuencia de los errores padecidos en la escritura de adjudicación de herencia al fallecimiento de don E.O.S., subsanados por otra de la misma fecha autorizada ante el notario de Madrid don José María Rivas Díaz, acompañan copia parcial de la misma. De dicha copia parcial resulta que comparecen doña M.C.M.C., doña M.C.O.M., don M.O.M. y doña Y.O.M., exponen que como consecuencia de determinados errores de conocimiento de doña M.C.M.C. y del deseo de los llamados a la herencia de beneficiarla en lo posible, rectifican la escritura de operaciones particionales de 9 de julio de 2019 en los términos indicados.

II

Tras la práctica de diversas diligencias y previo traslado de la solicitud por parte del Registro Mercantil, don M.O.M., actuando como administrador mancomunado de la sociedad (por cuanto la otra administradora mancomunada es doña A.M.R.C, solicitante y, a su juicio, en situación de conflicto de intereses), se opone en los siguientes términos: 1.º Que los solicitantes carecen de legitimación pues el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital la limita a los titulares de las participaciones a valorar y a la propia sociedad sin que quepa forzar su interpretación. 2.º Que incidiendo en lo anterior corresponde a la propia sociedad cumplir y hacer cumplir sus propias normas de funcionamiento por lo que corresponde a la junta general, como máximo órgano de gobierno, someter a deliberación y en su caso acuerdo las previsiones estatutarias, pero nunca a un grupo de socios. 3.º Que el firmante recibió la notificación de los herederos de don E.O. sobre la adjudicación derivada de la escritura de partición de herencia, pero dicha notificación no fue acompañada de copia de la citada escritura ignorándose como disponen de ella los solicitantes. Que posteriormente se recibió nueva comunicación de los herederos, esta vez con escritura adjuntada, de la que resulta la adjudicación de la totalidad de las participaciones a la viuda a quien tiene por socio la sociedad. 4.º Que se entiende que existe la necesidad de un pronunciamiento previo sobre la existencia o no de un derecho de preferente adquisición lo cual debe ser debatido en junta. Lo contrario implica prejuzgar una situación controvertida que de aceptarse privaría de eficacia al único documento público que ha sido traído a la sociedad. 5.º Que a la fecha no se ha celebrado la junta general de aprobación de las cuentas correspondientes al ejercicio 2018 ni existe un balance de cierre del ejercicio. Que tampoco se ha recibido propuesta alguna de valoración.

Solicitada de doña M.C.M.C. por el registrador mercantil copia de la escritura pública autorizada el día 9 de julio de 2019, se adjunta al expediente en fecha 10 de enero de 2020.

III

El registrador mercantil de Madrid núm. 13, don Juan Sarmiento Ramos dictó resolución en fecha 17 de enero de 2020 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 353 de la Ley de Sociedades de Capital. Fundamenta su resolución en que siendo indiscutido por las partes que los herederos notificaron a la sociedad su adquisición hereditaria el día 23 de septiembre de 2019 y que se ejerció el derecho de adquisición preferente el día 4 de octubre posterior sin que la modificación del cuaderno particional pueda perjudicar los derechos adquiridos por terceros. Igualmente considera que aun cuando el cuaderno particional de modificación lleva fecha de 1 de octubre carece de fecha fehaciente al no haber sido incorporado a documento público hasta el 17 de octubre posterior de conformidad con el artículo 1227 del Código Civil.

IV

Don M.O.M., como administrador de la sociedad y doña M.C.M.C. por escrito de fecha 26 de febrero 2020, que tuvo entrada el día 28 inmediato posterior en el Registro Mercantil de Madrid, interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a, resumidamente, los siguientes argumentos: 1.º Que reiteran el conflicto de intereses que recae en la administradora mancomunada solicitante. 2.º Que reiteran la falta de legitimación de los solicitantes en base al artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital. Que la resolución impugnada no hace mención de esta cuestión lo que la vicia de nulidad con quiebra del principio de tutela judicial efectiva produciéndose indefensión. Que no se ha verificado el presupuesto de hecho que exige el citado artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital relativo a la existencia de falta de acuerdo entre el socio y la sociedad. 3.º Que reiteran que no existe una declaración sobre la cuestión de fondo como es la existencia o no de derecho de adquisición preferente, aunque entienden que el registrador no puede ir más allá en su labor y no puede analizar cuestiones más propias de los tribunales de justicia como sería la eventual existencia de maquinaciones para abusar de la buena fe de los herederos.

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 de 21 de febrero y 23 de noviembre de 2001, 4 de julio de 2007 y 18 de diciembre de 2008, así como las sentencias 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, 11 de junio, 2, 4 y 23 de octubre, 6, 14, 22, 23, 26 y 28 de noviembre y 17 y 18 de diciembre de 2018 y 14 y 21 (primera y segunda) de febrero, 7, 26 (primera, segunda y tercera), 28 (primera y segunda), y 29 de marzo, 15 y 22 (primera, segunda y tercera), de abril, 10 (tercera y quinta), y 16 (primera, segunda y tercera), de mayo y 6 (tercera y sexta) y 26 (quinta y sexta), de junio, 12 de septiembre (primera y segunda), 26 de noviembre, 3 de diciembre (segunda), 12 de diciembre (primera) y 23 de diciembre (segunda) de 2019, 3 de enero (primera, segunda y tercera), 14 de enero (primera y segunda), 13 de febrero (segunda y tercera), 26 de febrero (primera, segunda, tercera y cuarta), y 12 de marzo de 2020.

1. Tras la notificación a la sociedad de que, como consecuencia del fallecimiento de un socio, su viuda e hijos se atribuían las participaciones que aquél ostentaba de forma determinada, los dos socios restantes de la sociedad ejercitan el derecho de adquisición preferente establecido en el artículo 18.1.c. de los estatutos de la sociedad en aplicación de lo previsto en el artículo 110 de la Ley de Sociedades de Capital. Con posterioridad la viuda notifica que como consecuencia de un error en la previa escritura de adjudicación de herencia se ha otorgado una nueva escritura en la que ella resulta adjudicataria de la totalidad de las participaciones del causante como consecuencia de las operaciones de la liquidación de la sociedad de gananciales. El registrador estima la solicitud de designación de experto independiente y la sociedad y la viuda recurren.

2. Dispone así el artículo 110 de la Ley de Sociedades de Capital: «1. La adquisición de alguna participación social por sucesión hereditaria confiere al heredero o legatario la condición de socio. 2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, los estatutos podrán establecer a favor de los socios sobrevivientes, y, en su defecto, a favor de la sociedad, un derecho de adquisición de las participaciones del socio fallecido, apreciadas en el valor razonable que tuvieren el día del fallecimiento del socio, cuyo precio se pagará al contado. La valoración se regirá por lo dispuesto en esta Ley para los casos de separación de socios y el derecho de adquisición habrá de ejercitarse en el plazo máximo de tres meses a contar desde la comunicación a la sociedad de la adquisición hereditaria.»

Como resulta de la lectura del precepto, en caso de fallecimiento de un socio de sociedad de capital la condición de socio se transmite según las reglas generales de la sucesión. No obstante, los estatutos de la sociedad pueden alterar esta regla general con la previsión de un derecho individual de adquisición a favor de cada uno de los socios supérstites o incluso de la sociedad misma (arts. 140 y 144 de la Ley de Sociedades de Capital). Dicha adquisición preferente está sujeta a los límites que el propio precepto contempla: determinación del valor al día del fallecimiento y por procedimiento

consensuado o no, pago al contado y ejercicio temporal referido a la comunicación realizada a la sociedad sobre el hecho de la adquisición (art. 106.2 de la propia ley).

Esta es la situación que se plantea en el supuesto de hecho que da lugar a la presente en el que los estatutos de la sociedad a que la misma se refiere disponen lo siguiente en su artículo 18.1.c: «…los socios sobrevivientes tendrán derecho a adquirir, en proporción a su respectiva participación si fueren varios los interesados, las participaciones del socio fallecido para lo que deberán abonar al contado, al adquirente hereditario, el valor real de las mismas al momento del fallecimiento,…Dicho derecho deberá ser ejercido en el plazo de tres meses a contar desde la comunicación a la sociedad de la adquisición hereditaria.»

En relación a la regulación legal esta Dirección General ha afirmado (Resolución de la DGRN de 18 de abril de 2000, en un supuesto en el que la cláusula estatutaria era esencialmente idéntica a la que da lugar a la presente), lo siguiente: «…tratándose de transmisión «mortis causa», el principio general es el de libertad –la adquisición de alguna participación «confiere al heredero o legatario la condición de socio», *ex* art. 32.1–, si bien se permite que los estatutos establezcan en favor de los socios sobrevivientes un derecho de adquisición de las participaciones del socio fallecido –art. 32.2–, de suerte que se respeta el fenómeno sucesorio, dejando a la autonomía de la voluntad de los socios la posibilidad de introducir restricciones estatutarias que no entorpezcan la adquisición de las participaciones por fallecimiento de un socio ni la vida de la sociedad. Así, al establecer la Ley que la adquisición de alguna participación social por sucesión hereditaria atribuye al heredero o legatario la condición de socio, respeta los principios de la transmisión «mortis causa» en nuestro ordenamiento (se adquiere la participación social del causante desde el momento mismo de su fallecimiento, conforme a los artículos 657, 659, 661, 881, 882, 989 y concordantes del Código Civil), de suerte que el derecho de adquisición que los estatutos pueden atribuir a los socios sobrevivientes –según el artículo 32.2, sin que deba prejuzgarse ahora sobre la admisibilidad de otras posibles configuraciones estatutarias respecto del destino de tales participaciones– actuará *a posteriori*, a modo de rescate mediante el pago del valor real de aquéllas.»

A lo que añade la Resolución de 23 de abril de 2015: «De este modo se deja a la autonomía de la voluntad de los propios socios la posibilidad de limitar la transmisión mortis causa de las participaciones intensificando así el carácter cerrado que es inherente a esta forma social, dentro de ciertos límites estructurales como es el hecho de que tales limitaciones actuarán una vez que se haya producido la adquisición por el heredero o legatario, ajustándose así al sistema romano de sucesión, toda vez que se adquiere la participación del causante desde el momento mismo del fallecimiento, conforme a los artículos 657, 659, 661, 881, 882, 989 y concordantes del Código Civil (*cfr.* la Resolución de 18 de abril de 2000).»

3. Así las cosas, en el supuesto de hecho que da lugar a la presente y tal como se ha reflejado en los hechos, se dan las circunstancias precisas para que los socios supérstites ejerciten su derecho de adquisición preferente por reunir los requisitos previstos en la ley y en los estatutos sociales de la sociedad por lo que se encuentran plenamente legitimados, como se verá, para realizar la solicitud de designación de experto al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital.

Así, son hechos indiscutidos los siguientes: que el socio don E.O.S., falleció el día 22 de septiembre de 2019 siendo titular del 50% de las participaciones que integran el capital social. Que el día 23 de septiembre de 2019, su viuda e hijos notificaron a la sociedad que en virtud de determinada escritura pública se adjudicaban las participaciones sociales en la proporción que el propio escrito recoge. Que el día 4 de octubre de 2019, los dos socios supérstites notifican a los anteriores el ejercicio de su derecho de adquisición preferente en aplicación de las previsiones de los estatutos sociales y de la Ley de Sociedades de Capital.

En consecuencia, notificado el ejercicio del derecho de adquisición preferente sus titulares pueden solicitar del registrador mercantil que designe experto a los efectos de determinar el valor razonable de las participaciones y dar ejecución a un derecho ya ejercitado.

4. La sociedad, por medio de un administrador mancomunado, y la viuda se alzan frente a la resolución del registrador por la que estima la solicitud de designación de experto, sin que esta Dirección General pueda estimar sus motivos ya que ninguno de ellos puede enervar aquella.

En primer lugar, porque no se puede negar la legitimación de uno de los solicitantes para ejercer un derecho individual, inherente a su condición de socia, por el hecho de que ostenta a su vez la condición de administradora mancomunada. No existe conflicto alguno de intereses como no existe en el socio y administrador mancomunado que ha formulado oposición y escrito de recurso. La solicitante no actúa en su calidad de administradora cuando solicita la designación de experto independiente sino en su condición de socia sin que haya llevado a cabo ninguna otra actuación que condicione en modo alguno su proceder.

Es cierto que la resolución del registrador no hace mención de la cuestión planteada por la sociedad en su escrito de oposición, pero de aquí no cabe deducir que haya existido indefensión alguna ni mucho menos causa o motivo de nulidad.

Como resulta de los hechos, el procedimiento se ha llevado a cabo de acuerdo a las previsiones normativas y la sociedad ha tenido la oportunidad material de hacer las alegaciones que ha tenido por conveniente. Lo relevante es que los destinatarios de la resolución han conocido el hecho de la solicitud y de la resolución del registrador mercantil sobre designación de experto y que esta circunstancia no les ha cerrado la posibilidad de ejercitar su derecho de recurso, como se ha hecho constar, constituyendo el objeto de la presente;

no cabe consecuentemente ni apreciación de causa de nulidad ni de indefensión. Las partes han conocido la existencia de la solicitud y han tenido ocasión de dirigirse a esta Dirección General para alegar lo que han tenido por conveniente a los efectos de señalar cuales son los motivos por los que a su juicio no procede la designación de experto. En definitiva, no cabe apreciar causa alguna de nulidad pues la sociedad ha tenido oportunidad de alegar lo que ha estimado conveniente en defensa de su derecho, desvirtuando el principio de prueba en el que los solicitantes han fundado su legitimación (*vide* al respecto resoluciones de 25 de junio y 10 de octubre de 2010 y 24 de junio de 2014).

Esta doctrina es plenamente congruente con la muy asentada en la materia por nuestro Tribunal Constitucional que en su reciente sentencia de 28 de enero de 2013 recuerda que: «Esto determina que la supuesta lesión de los derechos a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE [RCL 1978, 2836]) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) que denuncian los recurrentes resulte ser un reproche meramente formal y retórico, carente, por lo tanto, de acuerdo con una reiterada doctrina de este Tribunal, de la imprescindible relevancia constitucional, ya que es igualmente doctrina reiterada y conocida de este Tribunal la que señala que –de producirse– no toda infracción o irregularidad procesal cometida por los órganos judiciales provoca inevitablemente un perjuicio material en los derechos de defensa que corresponden a las partes en el proceso (por todas, recientemente STC 42/2011, de 11 de abril [RTC 2011, 42], F. 2). Como subraya por su parte la STC 85/2003, de 8 de mayo, F. 11, lo relevante a estos efectos es determinar si –en este caso– esa supuesta irregularidad procesal causó un perjuicio real y efectivo en las posibilidades de defensa…, privando o limitando su facultad de alegar y justificar sus derechos e intereses».

En definitiva, los recurrentes no pueden pretender la declaración de nulidad de unas actuaciones de cuya existencia han tenido pleno conocimiento y en las que han tenido la oportunidad de llevar a cabo las alegaciones que han estimado oportunas en defensa de su posición jurídica.

5. Tampoco puede esta Dirección General amparar la afirmación de que los socios solicitantes carecen de legitimación para actuar en el ámbito del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital. Es cierto que el artículo se refiere al supuesto de falta de acuerdo entre la sociedad y el socio (en referencia al socio que se separa o excluye), pero no lo es menos que el artículo 110 de la Ley de Sociedades de Capital se remite expresamente a dicha regulación y que, en términos más generales, dispone lo siguiente 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.», remisión al régimen de designación de auditores cuando existe derecho de oposición como es el caso presente.

6. No puede afirmarse que el ejercicio del derecho requiere un debate previo en el seno de la junta general donde debe ser estudiado y, en su caso, acordado. Como ha quedado expuesto en las consideraciones anteriores el derecho de adquisición preferente es un derecho individual del accionista que surge por la concurrencia de los requisitos establecidos legalmente. Su ejercicio depende entonces estrictamente de la voluntad del socio como derecho potestativo y no requiere ni el consentimiento ni la anuencia de aquél frente al que se ejerce. Nada hay en su régimen legal que permita afirmar lo contrario por lo que procede rechazar de plano dicho motivo de impugnación.

Y es que no cabe afirmar, como continua el escrito de recurso, en que debe existir una cuestión previa sobre la existencia o no del derecho de adquisición preferente, un a modo de previa declaración que afirme que el derecho de adquisición existe. No es esta la cuestión sin embargo que constituye el objeto de este expediente que no tiene otra finalidad que determinar si concurren o no los requisitos establecidos legal y, en su caso, estatutariamente para que un socio ejercite su derecho de adquisición preferente y solicite del registrador mercantil la designación de un experto independiente; requisitos que, como queda expuesto, se han acreditado en el expediente por lo que no cabe sino reconocer la legitimidad de los solicitantes y acceder a su solicitud. Como reconocen los propios recurrentes la competencia del registrador viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la constitución Española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y resoluciones de este Centro en sede de designación de auditores de 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010, entre otras).

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, *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), 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» (art. 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 sin perjuicio de la revisión jurisdiccional del acto administrativo que del procedimiento resulte.

En suma, el registrador tiene atribuida la competencia legal para determinar si concurren los requisitos legalmente exigibles para ejercerla, ya se trate de la designación de un experto para la valoración del crédito de liquidación de un usufructo (art. 128 de la Ley de Sociedades de Capital), ya de la designación de un experto para la determinación del valor razonable de las acciones o participaciones de un socio separado o excluido (art. 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 (arts. 169 y 171), ya para reducir el capital social (arts. 139 y 141 de la Ley), ya para, como en el caso presente, determinar el valor razonable de unas participaciones como consecuencia del ejercicio del derecho de adquisición preferente En estos y otros supuestos la Ley atribuye competencia al registrador para dictar una resolución en la que, estimando la solicitud hecha por quien corresponda y apreciando la concurrencia de los requisitos legales, designar a un experto independiente o adoptar otras medidas sin perjuicio del eventual recurso de alzada ante esta Dirección General de los Registros y del Notariado o de la oportuna impugnación ante los Tribunales de Justicia, al carecer las resoluciones administrativas del efecto de cosa juzgada (art. 114 de la Ley 39/2015, de 1 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* art. 353 de la Ley de Sociedades de Capital), por el procedimiento establecido (art. 363 del Reglamento del Registro Mercantil), y sin perjuicio del régimen de recursos previsto en el ordenamiento. En ningún caso el registrador ha resuelto una contienda entre particulares pues se ha limitado, como autoridad, a verificar si concurren o no los requisitos establecidos legalmente para la designación de persona que deba llevar a cabo la previsión legal de valoración de las participaciones y sin perjuicio del ejercicio de las acciones que los interesados entiendan procedentes en defensa de su derecho (*vide* resoluciones de 20 de enero de 2011 y 4 de febrero de 2013).

Así lo ha entendido la sentencia 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…»

En términos similares la reciente sentencia 1745/2019 de 7 octubre de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.ª): «La función del registrador no puede alcanzar al fondo, esto es, a si se ha ejercitado o no correctamente

por los socios el derecho de separación del art. 348-bis LSC (RCL 2010, 1792, 2400) sino que se ha de limitar a si concurren los presupuestos para que proceda el nombramiento de experto independiente, lo que no es exactamente lo mismo. Es cierto que constatar si concurren los presupuestos para que proceda el nombramiento de experto puede exigir que el registrador analice si existía realmente el derecho de separación invocado y si aparece formalmente ejercitado de forma adecuada, si bien se trata de un examen puramente formal, tal y como afirma en su recurso el Abogado del Estado. Así creemos que debe deducirse del art. 354.2 RRM (RCL 1996, 2112) cuando dispone que la sociedad puede oponerse en el expediente alegando que no procede el nombramiento o si niega la legitimación del solicitante. 9. Esa oposición de la sociedad no puede ir más allá de los aspectos puramente formales que pueden justificar el nombramiento, sin extenderse a las cuestiones sustantivas, esto es, a negar que proceda el derecho de separación por razones de fondo…10. En suma, el objeto de este proceso se encuentra exclusivamente en determinar si el Registro Mercantil actuó correctamente cuando resolvió el expediente registral y nombró experto independiente, no en determinar si los socios ejercitaron correctamente el derecho de separación. Y lo que debemos determinar es si la oposición de la sociedad debe determinar que el Registro se abstenga de resolver el expediente, como parece haber entendido la resolución recurrida. En nuestra opinión, tajantemente no. Si a algo se aproxima la naturaleza de estos expedientes registrales es precisamente a los negocios de jurisdicción voluntaria en los que la oposición nunca (desde la entrada en vigor de la Ley 15/2015, de 2 de julio (RCL 2015, 1016), de Jurisdicción Voluntaria) determina la finalización del procedimiento (art. 17.3 LJV (RCL 2015, 1016, 1354)). Por tanto, el Registrador debía resolver acerca de si procedía nombrar experto, no sobre si existía o no derecho de separación bien ejercitado, y también a eso debemos limitar nosotros el enjuiciamiento.»

Así ocurre en el expediente que da lugar a la presente. La sociedad, por medio de un administrador mancomunado cuya legitimación para actuar sin la concurrencia del otro podría ser discutida, afirma, junto con una de las socias frente a quienes se ejercita el derecho de adquisición preferente que se opone a su reconocimiento. 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. Si la parte quiere discutir en sede jurisdiccional la cuestión material de la existencia del derecho de adquisición preferente tiene a su disposición las acciones previstas en el ordenamiento, pero no puede pretender que el registrador haga dejación de la competencia legalmente atribuida sino acredita haber efectivamente ejercitado acción en los términos que por extenso han quedado expuestos.

7. Tampoco puede aceptarse la pretensión de los recurrentes de que esta Dirección prescinda de la primera notificación de adquisición de participaciones y actúe exclusivamente en base a la segunda. Acierta el registrador plenamente cuando entiende que la modificación de la escritura de partición hereditaria que dio lugar a la notificación a la sociedad a los efectos del artículo 110 de la Ley de Sociedades de Capital no puede perjudicar a los solicitantes que actuaron en su virtud. No otra cosa afirma el artículo 1219 del Código Civil cuando afirma: «Las escrituras hechas para desvirtuar otra escritura anterior entre los mismos interesados, sólo producirán efecto contra terceros cuando el contenido de aquéllas hubiese sido anotado en el registro público competente o al margen de la escritura matriz y del traslado o copia en cuya virtud hubiera procedido el tercero.» Resulta con toda claridad del expediente que los terceros a la escritura pública de fecha 9 de julio de 2019, hoy solicitantes, ejercieron su derecho de adquisición preferente tras su notificación a la sociedad en fecha 23 de septiembre de 2019 y con anterioridad a la autorización de la segunda escritura pública de fecha 17 de octubre de 2019; en concreto, el día 4 de octubre de 2019. En consecuencia, su contenido no les puede ser opuesto en perjuicio del derecho ya ejercitado tal y como resulta del precepto y de sus concordantes del Código Civil (*vide* arts. 1.317, 1.332 y 1.734), y de otros cuerpos jurídicos (art. 144 de la Ley Hipotecaria y artículo 178 del Reglamento Notarial).

8. Por último, en nada modifica las anteriores consideraciones el hecho de que, según los recurrentes, no hayan recibido propuesta alguna de valoración por parte de los solicitantes o que no se haya llevado a cabo negociación alguna. En el supuesto de hecho resulta patente la voluntad de los instantes de que la determinación del valor razonable de las participaciones sobre las que ejercen su derecho de adquisición preferente sean objeto de valoración por un tercero, por un experto independiente designado por el registrador mercantil. En estas circunstancias es irrelevante si efectivamente han existido conversaciones entre las partes y si en las mismas se han barajado cifras concretas. Pretender en estas circunstancias imponer unos trámites adicionales no puede merecer amparo de esta Dirección, una vez constatado el cumplimiento por los socios de los requisitos que les legitiman para el ejercicio de su derecho de adquisición preferente. De otro modo se dejaría en manos de una de las dos partes el ejercicio de un derecho legalmente reconocido a la otra.

Si la parte considera que de la conducta de los socios solicitantes 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 acepta el escrito de recurso. Constituye doctrina muy consolidada de esta Dirección que siendo indiscutible que nuestro ordenamiento jurídico no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo pues el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización de buena fe (art. 7 del Código Civil), también lo es que la apreciación de tales circunstancias resulta imposible en 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 sin perjuicio de quien estime que su posición jurídica no ha sido debidamente respetada acuda a los procedimientos jurisdiccionales legalmente previstos.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid núm. 13, don Juan Sarmiento Ramos de fecha 17 de enero de 2020.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 1 de junio de 2020 (5.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 1 de junio de 2020 (6.ª)

En el expediente 17/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Brodo, S.A.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 1 de enero de 2020, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 2 de enero 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 la mercantil «Brodo, S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

II

El registrador mercantil de Madrid dio traslado de la anterior solicitud a la mercantil por resolución de fecha 8 de enero de 2020, a los efectos, en su caso, de formalizar oposición al nombramiento solicitado. No constando en el registro la recepción de dicho traslado, se procede nuevamente por el Registro Mercantil a oficiar a la sociedad de la instancia presentada a los efectos, en su caso, de poder oponerse a dicha solicitud.

III

Por medio de escrito de fecha 24 de enero de 2020, completado por otro de la misma fecha, que tuvieron su entrada en el Registro Mercantil los días 27 y 29 del mismo mes, respectivamente, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando, en esencia, tener ya auditor nombrado para el ejercicio solicitado y encontrarse dicho nombramiento inscrito en el Registro Mercantil.

IV

El registrador mercantil de Madrid IX, Alberto Yusta Benach, dictó resolución de fecha 29 de enero de 2020 por la que acordó desestimar el nombramiento de auditor solicitado al constar ya inscrito con fecha 24 de enero de 2020 el nombramiento de auditor voluntario de la mencionada sociedad para el ejercicio 2019, en concreto, inscripción 30.ª de la hoja social.

V

Don ….., en su propio nombre, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de fecha 29 de enero de 2020, alegando, en esencia, que se proceda a nombrar un auditor a través del Registro Mercantil en virtud de determinado artículo estatutario y «con ello se nombre a un tercero profesional independiente que garantice los derechos de todos los socios…».

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. 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 auditoria 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 resulta por un lado que el socio presenta su solicitud en el Registro Mercantil en fecha 2 de enero de 2020 y, por otro, que ha sido nombrado auditor voluntario para el mismo ejercicio con carácter previo, en concreto, con fecha 30 de diciembre de 2019, así como que dicho nombramiento consta inscrito en la hoja social con fecha 24 de enero de 2020 para el ejercicio solicitado de 2019, en concreto, inscripción 30.ª de la hoja social, todo ello, según resulta del propio expediente.

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

3. El recurso no debe prosperar ya que ha quedado acreditado tanto el nombramiento anterior así como que dicho nombramiento consta inscrito en la hoja social con fecha 24 de enero de 2020 para el ejercicio solicitado de 2019, en concreto, inscripción 30.ª de la hoja social, todo ello, según resulta del propio 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 infor-

mación financiera que resulte de aplicación, ha sido debidamente cumplimentado (art. 4.1 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas).

Por tanto, debe concluirse que ha quedado acreditado tanto el nombramiento anterior de auditor de manera voluntaria por la sociedad así como su presentación a inscripción en el Registro Mercantil con anterioridad, y su posterior inscripción, por lo que debe concluirse 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; b) que no existe indicio alguno que permita afirmar que la actuación de la sociedad ha tenido por finalidad defraudar el derecho de los solicitantes, 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 el interesado cree vulnerados dichos principios siempre podrá 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 el nombramiento o 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 IX, Alberto Yusta Benach, de fecha 29 de enero de 2020, por la que acordó desestimar el nombramiento de auditor solicitado al constar ya inscrito con fecha 24 de enero de 2020, inscripción 30.ª de la hoja social, el nombramiento de auditor voluntario de la mencionada sociedad para el ejercicio 2019.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 1 de junio de 2020 (6.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 1 de junio de 2020 (7.ª)

En el expediente A-18/2020 sobre nombramiento de auditor por concurrir circunstancias extraordinarias a instancia de la sociedad «Radio Televisión Madrid, S.A.».

HECHOS

I

Por escrito de fecha 3 de marzo de 2020 (con entrada en este Ministerio el día 6 inmediato posterior), el registrador mercantil de Madrid núm. 14, remite a esta Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública un escrito de don A.L.A., quien actúa en representación de la sociedad Radio Televisión Madrid, S.A., en su calidad de secretario del consejo de administración por el que solicita al amparo del artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil el nombramiento como auditor de cuentas de la sociedad a la firma de auditoría Crowe Servicios de Auditoría SLP, a fin de llevar a cabo la realización del informe de verificación correspondiente al ejercicio 2019.

II

La solicitante considera de aplicación el precepto citado en base a las siguientes circunstancias:

1.º En fecha 31 de enero de 2020 se presentó para su inscripción la escritura pública autorizada en la misma fecha que recogía los acuerdos de nombramiento de auditor de la

sociedad para los ejercicios 2019, 2020 y 2021. Dicha escritura fue calificada negativamente por el registrador mercantil de Madrid por aplicación del artículo 264 de la Ley de Sociedades de Capital al haber transcurrido el primer ejercicio para el que se había designado auditor.

2.º La Ley 8/2015, de 28 de diciembre de la Comunidad de Madrid establece en su artículo 2 que la Comunidad prestará el servicio público de comunicación audiovisual por medio de la sociedad Radio Televisión Madrid S.A., añadiendo el artículo 8 que se trata de una empresa pública constituida como sociedad mercantil con forma de sociedad anónima y cuyo capital estará íntegramente participado por la Comunidad de Madrid. Además, su artículo 40 establece su pertenencia al sector público a que se refiere el artículo 3 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público a cuya normativa se haya sujeta (sic).

3.º Que el día 26 de agosto de 2019 se publicó en la plataforma de contratación de la Comunidad de Madrid la licitación para la prestación del servicio de auditoría de cuentas. Que a dicha licitación se presentaron dos ofertas, ninguna de las cuales se adecuaba a los requerimientos solicitados en el pliego de prescripciones técnicas, por lo que el día 31 de octubre se publicó nueva licitación en la citada plataforma. Con posterioridad el órgano de contratación acordó el día 8 de enero de 2020 la adjudicación a la entidad cuyo nombramiento se solicita. Elevado el acuerdo a la secretaria general técnica de la presidencia de la Comunidad, el consejo de gobierno constituido en junta general adoptó el acuerdo en fecha 21 de enero de 2020.

4.º Debido al largo y complejo procedimiento de licitación se ha llegado a la presente situación, supuesto claramente excepcional por estar sujeta la sociedad tanto a las normas imperativas de la Ley de Sociedades de Capital como a las de la Ley de Contratos del Sector Público.

5.º La denegación de la inscripción en el Registro Mercantil implica un grave perjuicio pues conduciría a la rescisión del contrato con la firma auditora con la asunción de las indemnizaciones correspondientes y la realización de una nueva contratación prescindiendo de los trámites previstos en la normativa sobre contratación pública con el evidente perjuicio para las arcas públicas.

Dadas las anteriores circunstancias se solicita que se proceda de forma excepcional a la designación de auditor en la forma prevista en el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil para la verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2019.

Junto con el escrito de solicitud, acompaña el solicitante los documentos en que fundamenta su solicitud.

III

Por su parte, el registrador mercantil de Madrid núm. 14, don Miguel Seoane de la Parra, emite informe de fecha 3 de marzo de 2020 del que se deduce que puede entenderse justificada la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor para el ejercicio 2019, elevando el expediente a esta Dirección General de conformidad con el artículo 356.1 del Reglamento del Registro Mercantil.

En concreto, del informe del registrador se desprende que resultaría procedente el nombramiento de auditor para la verificación contable del ejercicio 2019 al concurrir presupuestos reveladores de volumen económico significativo (art. 258 de la Ley de Sociedades de Capital) que hacen conveniente la participación de una firma de auditoría con capacidad suficiente así como que del expediente resultan un conjunto de circunstancias que justifican la toma de decisión sobre la designación de auditor y por otro que el sistema de selección ha garantizado los principios de contratación que le son de aplicación (transparencia,

acceso público, solvencia…), en el ámbito de la ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público.

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, 19, 23 y 25 de enero de 2017, 25 de abril de 2018 y 31 de marzo y 5, 9 y 16 de septiembre de 2019, 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.

Como resulta de la doctrina citada, 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.

2. Además de las circunstancias especiales de tipo económico, basadas en el tamaño de la sociedad a auditar, existen otras posibles que justifican la competencia de esta Dirección habida cuenta de la generalidad de los términos en que se pronuncia en el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil si bien en este supuesto debe justificarse a satisfacción del registrador primero y de esta Dirección después, la concurrencia de justa causa que así lo justifique.

Y así ocurre en el supuesto que da lugar a la presente por cuanto de la instancia resultan un conjunto de circunstancias que, por un lado justifican que la sociedad constituida por mandato legal haya demorado la toma de decisión en relación a la designación de auditor para el ejercicio solicitado y por otro, que el sistema de designación por la propia sociedad (en el ámbito de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014), ha garantizado los principios que a dicha sociedad le son de aplicación (*vide* artículo 1 de la propia Ley), así como la salvaguarda de las exigencias de transparencia, igualdad y libre competencia (art. 132), e idoneidad del seleccionado (art. 65), así como su oportuna solvencia (art. 74 de la misma Ley de Contratos del Sector público).

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 «Radio Televisión Madrid, S.A.», a fin de que verifique las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019, al resultar del expediente que en la sociedad solicitante concurren causas que así lo justifican.

2.º Autorizar al registrador mercantil de Madrid núm. 14, don Miguel Seoane de la Parra, a designar a «Crowe Servicios de Auditoría S.L.P.», como auditor de cuentas de la sociedad, para la revisión de sus cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019, de conformidad con el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil.

3.º Devolver el expediente al registro mercantil de Madrid a fin de que proceda al referido nombramiento.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid IX, Alberto Yusta Benach, de fecha 29 de enero de 2020, por la que acordó desestimar el nombramiento de auditor solicitado al constar ya inscrito con fecha 24 de enero de 2020, inscripción 30.ª de la hoja social, el nombramiento de auditor voluntario de la mencionada sociedad para el ejercicio 2019.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 1 de junio de 2020 (7.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 1 de junio de 2020 (8.ª)

En el expediente 21/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Ferretería Rodríguez Araña, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presenta escrito dirigido al registro mercantil de Las Palmas de Gran Canaria, en el que tuvo su entrada el día 28 de enero de 2020, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley 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 «Ferretería Rodríguez Araña, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 7 de febrero de 2020 en el domicilio social, formulando oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito presentado el día 13 del mismo mes. En dicho escrito se alega como motivo esencial de la improcedencia del nombramiento de auditor la falta de legitimación de la solicitante en base a los argumentos que resultan de resolución de este propio Centro Directivo para este mismo supuesto respecto del ejercicio 2015, que dieron lugar a la resolución de 29 de julio de 2015, y que el oponente transcribe en parte.

III

El registrador mercantil de Las Palmas I, don Francisco de Asís Fernández Rodríguez, dictó resolución de fecha 18 de febrero de 2020 por la que acordó «no acceder al nombramiento de auditor solicitado por doña ….., para la verificación de las cuentas anuales del ejercicio de 2019 de la mercantil «Ferretería Rodríguez Araña, Sociedad Limitada», por estimar procedente el escrito de oposición presentado por la sociedad».

IV

Doña …..interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 18 de febrero, alegando, resumidamente, que dicha cuestión ya fue resuelta en sentido negativo respecto del pasado ejercicio 2016; en concreto, expediente número 73/2015, donde se dicta la Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notario de fecha 29 de Julio de 2015, en la que estima el recurso interpuesto por dicha entidad mercantil contra la Resolución del Ilmo. Sr. Registrador Mercantil de Las Palmas de Gran Canaria. Sin embargo, sigue manifestando la recurrente, el oponente ha ocultado que existe sentencia firme dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, sentencia de fecha 10 de octubre de 2019, recaída en el Rollo Recurso de Apelación número 790/2018, sentencia núm. 1269/2019 en la que en su fallo estimaba el recurso de apelación interpuesto por doña ….. en la que, además, se confirmaba la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Las Palmas el día 15 de abril de 2015 por la que se acordaba el nombramiento de auditor para el ejercicio 2014 respecto de la sociedad en cuestión. Asimismo, dicha sentencia de 10 de octubre de 2019, revocaba y dejaba sin efecto las resoluciones dictadas por este Centro Directivo de 29 de julio de 2015 y la de la

Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia de 20 de enero de 2016 que la confirmó.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. Esta Dirección General 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 en supuesto de comunidad postganancial.

2. 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.

3. 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 (art. 27 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada), o que se acredite frente a la sociedad, mediante documento público o escritura pública, que se es titular de los derechos políticos derivados de dichas participaciones (art. 26 de la Ley especial)». Y continúa: «El hecho de que el titular de las participaciones sociales, como ocurre en el caso de autos, se halle casado bajo el régimen de sociedad de gananciales, no hace más que otorgar una serie de derechos al cónyuge no titular sobre el valor económico de tales participaciones a percibir dividendos, a una cuota determinada del valor de realización de las participaciones al momento de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, pero no le otorga derechos políticos frente a la sociedad salvo representación del titular (art. 49 de la Ley especial). Pero es que, aunque no fuera así y se considerara la existencia de una cotitularidad compartida sobre las participaciones, entraría en juego lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley especial, para supuestos de cotitularidad o copropiedad de participaciones, esto es, los cónyuges copartícipes habrían de designar una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio, designación que debería notificarse a la sociedad previamente a la Junta e inscribirse en el Libro Registro de socios, en aras de la seguridad jurídica y en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 26 y 27 de la Ley especial ya citados.»

Y con toda contundencia la Audiencia Provincial de Murcia en su sentencia de 19 de octubre de 2004: «…los títulos valores tienen dos facetas, una patrimonial y otra societaria, la primera comprendería la relación interna, esto es, la titularidad real, que en este caso es la sociedad ganancial, y la segunda afecta a su vertiente externa, la actuación frente a terceros, en que necesariamente ha de intervenir una sola persona física o jurídica…» Y termina: «Además, la solución es coherente con lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, que expresamente ordena que, en los supuestos de cotitularidad de derechos sobre participaciones, los cotitulares habrán de designar a una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio. Esta tesis viene confirmada por la Dirección General de Registros y del Notariado, en resolución de 25 de mayo de 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.»

4. De la anterior doctrina jurisdiccional pueden deducirse las siguientes conclusiones:

a) La condición de socio va unida a la titularidad de acciones o participaciones.

b) El ejercicio de los derechos inherentes a la condición de socio corresponde al titular de acciones o participaciones a salvo los supuestos de representación.

c) El carácter ganancial de las acciones o participaciones de un socio no altera este esquema de cosas sin perjuicio de las consecuencias patrimoniales entre cónyuges y del ejercicio de las acciones que pudieran corresponder en supuestos de fraude o daño (arts. 1390 y 1391 del Código Civil).

d) En caso de cotitularidad de acciones o participaciones sociales, los cotitulares deben designar a una sola persona para el ejercicio de los derechos inherentes a la condición de socio conforme al artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital (*vide* sentencia 727/2012 de 8 noviembre de la Audiencia Provincial de Murcia en cuanto a los límites del mandato). Cuando las participaciones o acciones pertenecen a ambos cónyuges con carácter ganancial se aplica la misma regla (*vide* sentencia 286/2013 de 11 diciembre de la Audiencia Provincial de Toledo).

5. 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.

6. 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.

7. 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).

8. De los hechos expuestos al principio de la presente resulta que las participaciones que ostenta la socia tienen carácter ganancial, así como que la sociedad de gananciales se encuentra en proceso de liquidación en lo que respecta a las citadas participaciones.

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 núm. 111/2010, sección cuarta, dictada contra resolución de esta Dirección General), o en la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de fecha 10 de octubre de 2019 citada por la recurrente en su escrito, según resulta del antecedente IV, para un supuesto igual al ahora analizado, 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 artículo 7 del Código Civil también tiene algo que decir al respecto.». Argumentos estos que se recogen también en la propia sentencia citada de 10 de octubre de 2019.

Atendiendo a las circunstancias de hecho y a los Fundamentos de Derecho expuestos, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Las Palmas I, don Francisco de Asís Fernández Rodríguez, de fecha 18 de febrero de 2020 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 pone fin a la vía administrativa.

De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 1 de junio de 2020 (8.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 1 de junio de 2020 (9.ª)

En el expediente 22/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Easyfloor, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito suscrito el 7 de febrero de 2020, dirigido al Registro Mercantil de Vizcaya, en el que tuvo su entrada el mismo día 7 de febrero, en representación de «Inversiones Ondargain, S.L.», a virtud de poder especial de 11 de noviembre de 2019 autorizado por la notario de Getxo doña Isabel C. Molpeceres Fuentes, protocolo 1121, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley 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 «Easyfloor, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

II

El registrador mercantil de Vizcaya dio traslado de la anterior solicitud a la mercantil por resolución de fecha 10 de febrero de 2020, a los efectos, en su caso, de formalizar oposición al nombramiento solicitado; constando como fecha de entrega de la misma el día 13 de febrero de 2020.

III

Por medio de escrito de Mikel Martínez Allende, en su condición de administrador único de la mercantil, de fecha 18 de febrero de 2020, que tuvo su entrada en el Registro Mercantil el día 20 del mismo mes, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando, en esencia, tener ya auditor nombrado para el ejercicio solicitado; en concreto, que el administrador único de la sociedad, con fecha 19 de diciembre de 2019, tomó la decisión de designar como auditor de cuentas de la compañía, para auditar las cuentas anuales del ejercicio 2019, a «AADA Auditores, Asesores y Consultores Legales, S.L.».

IV

El registrador mercantil de Vizcaya III, Carlos Alonso Olarra, dictó resolución de fecha 25 de febrero de 2020 por la que acordó desestimar el nombramiento de auditor solicitado al constar ya inscrito con fecha 24 de febrero de 2020 el nombramiento de auditor voluntario de la mencionada sociedad para el ejercicio 2019, en concreto, inscripción 9.ª de la hoja social.

V

Don ….., en la representación antes citada de «Inversiones Ondargain, S.L.», interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de fecha 25 de febrero de 2020, alegando, en esencia, que la sociedad no ha acreditado fehacientemente que el nombramiento voluntario de auditor se hizo anteriormente a su petición de designación de tal profesional por el registro mercantil.

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. Vuelve a plantearse ante esta Dirección una cuestión sobre la que ha tenido ocasión de pronunciarse de modo reiterado por lo que procede aplicar la doctrina al efecto elaborada. De acuerdo con dicha doctrina (resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012, 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, 13 de mayo,17 de junio de 2014 y de 24 de septiembre de 2015 entre otras muchas), este Centro Directivo ha mantenido que la finalidad del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital es la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la estructura empresarial, para lo cual dicho artículo reconoce y regula el derecho a la verificación de la contabilidad social por un profesional independiente nombrado por el Registrador Mercantil a instancia de los socios que reúnan un mínimo de participaciones sociales o acciones equivalentes al 5% del capital social y siempre que presenten su solicitud en los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social.

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

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

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

Ahora bien, para que la auditoria 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 resulta por un lado que el socio presenta su solicitud en el Registro Mercantil en fecha 7 de febrero de 2020 y, por otro, que ha sido nombrado auditor voluntario para el mismo ejercicio con carácter previo, en concreto, con fecha 19 de diciembre de 2019, así como que, con fecha 24 de febrero de 2020, consta inscrito el nombramiento de auditor voluntario de la mencionada sociedad para el ejercicio 2019, en concreto, inscripción 9.ª de la hoja social, todo ello, según resulta del propio expediente.

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

3. El recurso no debe prosperar ya que ha quedado acreditado tanto el nombramiento anterior, así como que dicho nombramiento consta inscrito en la hoja social con fecha 24 de febrero de 2020 para el ejercicio solicitado de 2019, en concreto, inscripción 9.ª de la hoja social, todo ello, según resulta del propio 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 (art. 4.1 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas).

Por tanto, debe concluirse que ha quedado acreditado tanto el nombramiento anterior de auditor de manera voluntaria por la sociedad así como su posterior inscripción, por lo que debe concluirse 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; b) que no existe indicio alguno que permita afirmar que la actuación de la sociedad ha tenido por finalidad defraudar el derecho de los solicitantes, 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 el interesado cree vulnerados dichos principios siempre podrá 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 el nombramiento o 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 Vizcaya III, Carlos Alonso Olarra, de fecha 25 de febrero de 2020, por la que acordó desestimar el nombramiento de auditor solicitado al constar ya inscrito con fecha 24 de febrero de 2020 el nombramiento de auditor voluntario de la mencionada sociedad para el ejercicio 2019, en concreto, inscripción 9.ª de la hoja social.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 1 de junio de 2020 (9.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 2 de junio de 2020 (1.ª)

En el expediente 25/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Paynopain Solutions, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., en su condición de administrador único de la entidad «Newry Global Media, S.L.», presentó escrito de fecha 5 de febrero de 2020, dirigido al Registro Mercantil de Castellón, 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 la citada «Newry Global Media, S.L.» de más del 5% del capital social de la mercantil «Paynopain Solutions, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

Junto con dicha solicitud acompaña fotocopia de la escritura de compraventa de unidad productiva, en la que se incluyen las participaciones sociales representativas de más del 5%, otorgada en Madrid, el 3 de diciembre de 2018, ante el notario Tomás Pérez Ramos, protocolo 4010.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil en el domicilio social con fecha 27 de febrero de 2020, quien recibió tal comunicación el 28 de febrero de 2020, según acuse de recibo devuelto al registro el día 2 de marzo de 2020, según resulta del expediente. Don ….., en su condición de administrador solidario de la mercantil, formula oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito de fecha 5 de marzo de 2020, que tuvo su entrada en el Registro Mercantil el mismo 5 de marzo. En dicho escrito alega, en esencia, que el solicitante carece de la condición de socio, negando su legitimación al efecto, ya que no se ha comunicado la venta a los efectos de ejercitar el derecho legal y estatutario de adquisición preferente a favor de los socios y de la propia sociedad y que, por tanto, según manifiesta el oponente, ante la ausencia de comunicación, faltando un requisito legal, la transmisión es ineficaz, siendo la comunicación requisito necesario para poder considerar como socio al adquirente, al negar validez a la escritura de protocolización aportada por el solicitante. Con dicho escrito de oposición, acompaña el interesado los documentos que estima pertinentes.

III

La registradora mercantil de Castellón II, doña Gloria Elena Fernández Jalvo, dictó resolución de fecha 9 de marzo de 2020 por la que resolvió desestimar la oposición y acordó la procedencia del nombramiento solicitado, lo que se llevaría a efecto cuando adquiera firmeza su resolución.

IV

Don ….. en su condición de administrador solidario de la mercantil, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 9 de marzo de 2020, reite-

rando, en esencia, los argumentos anteriormente expuestos al negar la legitimidad del solicitante, que se dan por reproducidos.

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. En primer lugar, y desde el punto de vista formal, hay que tener en cuenta que el objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital prevé para que se acuerde la pertinencia del nombramiento de auditor a instancia de la minoría. La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la constitución española en relación a los arts. 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial). 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 no puede prosperar por el motivo anteriormente referido.

En primer lugar, no ha quedado desvirtuada la legitimidad del solicitante puesto que la propia mercantil en ningún momento desvirtúa el principio de prueba de la titularidad aportado por el solicitante, limitándose a negarlo de manera abstracta.

Así, en el caso de este expediente, y según resulta del mismo, la aportación dimana de un procedimiento universal como es el concurso de acreedores, estando autorizada la adquisición de las participaciones en cuestión por el Juzgado de lo Mercantil N.º 11 de Madrid, auto de fecha 26 de julio de 2018; el cual fue confirmado por auto del propio Juzgado, de fecha 29 de octubre de 2018. Dicho auto aprobó las reglas establecidas en el Plan de Liquidación, procediéndose a la transmisión de una Unidad Productiva –dentro de la cual se incluyen las participaciones que adquiere la sociedad «Newry Global Media S.L.» de la entidad «ZED Worldwide Holdings S.L.»–, de conformidad

con dichas reglas, así como de acuerdo con las previsiones contempladas en el auto de aprobación del Plan de Liquidación de 21 de junio de 2018.

Como anteriormente se ha expuesto, la sociedad simplemente manifiesta la carencia de legitimación activa para iniciar el presente expediente por parte del solicitante alegando que el solicitante carece de la condición de socio, negando su legitimación al efecto, ya que no se ha comunicado la venta a los efectos de ejercitar el derecho legal y estatutario de adquisición preferente a favor de los socios y de la propia sociedad y que, por tanto, según manifiesta el recurrente, ante la ausencia de comunicación, faltando un requisito legal, la transmisión es ineficaz, siendo la comunicación requisito necesario para poder considerar como socio al adquirente; llegando a negar incluso validez a la escritura de compraventa de unidad productiva, en la que se incluyen las participaciones sociales representativas de más del 5% en cuestión, otorgada en Madrid, el 3 de diciembre de 2018, ante el notario Tomás Pérez Ramos, protocolo 4010, aportada por el solicitante.

En este sentido, en su escrito de oposición la sociedad viene a manifestar que el socio no le ha notificado conforme al artículo 106 de la Ley de Sociedades de Capital; si bien, es doctrina de este Centro Directivo que la solicitud de auditor junto con la documentación que acredita la condición de socio equivale a la notificación.

Por otra parte, y sobre la cuestión de la legitimación del socio minoritario ha tenido ocasión de pronunciarse reiteradamente esta Dirección General manteniendo que es suficiente la aportación de un principio de prueba para entenderla acreditada, pues se estima que el artículo 351.2 Reglamento del Registro Mercantil 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». Es por tanto a la sociedad a la que corresponde desvirtuar dicho principio de prueba, aportando, a su vez, prueba suficiente como para deducir que el solicitante no ostentaba, en el momento de la solicitud, la legitimación que alegó. Con ello se pretende no introducir un desequilibrio en el principio de igualdad jurídica de las partes intervinientes en el procedimiento.

El peticionario aportó un principio de prueba por escrito de su titularidad sobre un porcentaje superior al 5% de las participaciones sociales, consistente escritura de compraventa de unidad productiva, en la que se incluyen las participaciones sociales representativas de más del 5%, otorgada en Madrid, el 3 de diciembre de 2018, ante el notario Tomás Pérez Ramos, protocolo 4010, estando autorizada dicha adquisición de participaciones en cuestión por el Juzgado de lo Mercantil núm. 11 de Madrid, procediéndose en consecuencia a la transmisión de la Unidad Productiva, en los términos antes expresados.

Por todo ello, debe concluirse que la sociedad no ha desvirtuado el principio de prueba de la legitimidad del solicitante debiendo ser desestimado el presente recurso. Lo anterior, unido al cumplimiento por parte del solicitante los requisitos exigidos por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capi-

tal, que no han sido desvirtuados por la sociedad en el expediente, esto es, representando el socio 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 2019.

Atendiendo a las circunstancias de hecho y a los Fundamentos de Derecho expuestos, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Castellón II, doña Gloria Elena Fernández Jalvo, de fecha 9 de marzo de 2020, por la que resolvió desestimar la oposición y acordó la procedencia del 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 pone fin a la vía administrativa.

De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 2 de junio de 2020 (1.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 2 de junio de 2020 (2.ª)

En el expediente 27/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Tropic Burguer J.C, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., debidamente representado, presentó escrito de fecha 20 de marzo de 2020, dirigido al Registro Mercantil de Santiago de Compostela, en el que tuvo su entrada el mismo día 20 de marzo, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, y como titular

de más del 5% del capital social de la mercantil «Tropic Burguer J.C, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

Con su escrito de solicitud aporta el interesado los documentos que estima pertinentes.

II

La registradora mercantil de Santiago de Compostela, doña María Teresa Ferrín Sanmartín, dio traslado de la anterior solicitud a la mercantil por resolución de fecha 1 de abril de 2020, a los efectos, en su caso, de formalizar oposición al nombramiento solicitado.

III

Por medio de escrito de fecha 13 de abril de 2020, que tuvo su entrada en el Registro Mercantil el día 15 del mismo mes, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando, en esencia, tener ya auditor nombrado e inscrito para el ejercicio solicitado.

IV

La registradora mercantil de Santiago de Compostela, doña María Teresa Ferrín Sanmartín, dictó resolución de fecha 22 de abril de 2020 por la que acordó estimar la oposición y, en consecuencia, la improcedencia del nombramiento de auditor solicitado al constar ya nombrado e inscrito auditor voluntario de la mencionada sociedad para el ejercicio 2019.

V

Don ….. interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución registral de fecha 22 de abril de 2020, alegando, en esencia, que, cuando se presentó la solicitud de nombramiento de auditor no estaba inscrito en el Registro Mercantil dicho nombramiento, siendo dicha inscripción posterior a la solicitud formulada por el mismo.

Con su escrito de recurso aporta el interesado los documentos que estima pertinentes.

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. En primer lugar, y desde el punto de vista formal, hay que tener en cuenta que el objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital prevé para

que se acuerde la pertinencia del nombramiento de auditor a instancia de la minoría. La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la constitución española en relación a los arts. 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial). 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 cuanto al fondo del 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 artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital es la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la estructura empresarial, para lo cual dicho artículo reconoce y regula el derecho a la verificación de la contabilidad social por un profesional independiente nombrado por el Registrador Mercantil a instancia de los socios que reúnan un mínimo de participaciones sociales o acciones equivalentes al 5% del capital social y siempre que presenten su solicitud en los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social.

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

Este criterio ha sido sancionado por la doctrina del Tribunal Supremo que en su sentencia de 9 de marzo de 2007, con cita de la doctrina de este Centro Directivo afirma: «La posibilidad de que, en las sociedades no sometidas a verificación obligatoria, la minoría acuda a la designación de un auditor por el Registro Mercantil trata de asegurar el control de las cuentas por un profesional independiente…pero no protege el hecho de que actúe un concreto y determinado profesional, creando una suerte de vinculación in tuitu perssonae entre la empresa o entidad y el profesional que recibe el encargo de llevar a efecto la revisión.» Y más adelante continúa: «La desig-

nación 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 auditoria 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 resulta por un lado que el socio minoritario presenta su solicitud en el Registro Mercantil en fecha 20 de marzo de 2020 y, por otro, que ha sido nombrado auditor voluntario para el mismo ejercicio con carácter previo, en concreto con fecha 9 de diciembre de 2019, presentado a inscripción en el registro mercantil el 19 de diciembre del mismo año, así

como que dicho nombramiento consta inscrito en la hoja social con fecha 25 de marzo de 2020, todo ello, según resulta del propio expediente.

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 a la solicitud como la inscripción en la hoja social de dicho nombramiento con fecha 25 de marzo de 2020, tras su presentación a inscripción con fecha 19 de diciembre de 2019. 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 (art. 4.1 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas). Procedería por este mismo motivo también la desestimación del recurso.

Por tanto, debe concluirse que ha quedado acreditado tanto el nombramiento anterior de auditor de manera voluntaria por la sociedad así como su presentación a inscripción en el Registro Mercantil con anterioridad, por lo que debe concluirse 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 de los socios minoritarios; b) que no existe indicio alguno que permita afirmar que la actuación de la sociedad ha tenido por finalidad defraudar el derecho de los solicitantes, 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 independen-

cia 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 los interesados consideran que el nombramiento o 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 Santiago de Compostela, doña María Teresa Ferrín Sanmartín, de fecha 22 de abril de 2020, por la que acordó estimar la oposición y, en consecuencia, la improcedencia del nombramiento de auditor solicitado al constar ya nombrado e inscrito auditor voluntario de la mencionada sociedad para el ejercicio 2019.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 2 de junio de 2020 (2.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 2 de junio de 2020 (6.ª)

En el expediente 12/2020 sobre nombramiento de auditor por concurrir circunstancias extraordinarias a instancia de la entidad «Serveis Auxiliars a la Sanitat, A.I.E.».

HECHOS

I

Por el Registro Mercantil de Barcelona IV se remite a esta Dirección General de los Registros y del Notariado expediente para el nombramiento de auditor de conformidad con el artículo 356.1 del Reglamento Registro Mercantil, formando parte de dicho expediente los documentos que se relacionan en los siguientes antecedentes.

II

Así, por escrito de don ….., actuando según manifestaba en nombre y representación de la entidad «Serveis Auxiliars a la Sanitat, A.I.E.», en su condición de miembro del consejo de administración de la misma, y tras requerimiento del Registro Mercantil al efecto atendido por el solicitante, en virtud del artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil, viene a solicitar que se proceda al nombramiento como auditor de cuentas a la entidad «Faura Casas Auditors Consultors, S.L.» para que, efectúe la verificación de las cuentas anuales de la entidad en cuestión correspondientes a los ejercicios 2015, 2016 y 2017.

III

De dicha solicitud y del anexo a la misma se desprende, en esencia, y en lo que a este expediente interesa:

1.º Que la citada entidad está obligada a la verificación de las cuentas anuales y, en su caso, el informe de gestión por auditor de cuentas.

2.º Que, por error, la asamblea general de la citada agrupación de interés económico no adoptó el acuerdo relativo a la designación de auditor de cuentas para los ejercicios 2015, 2016 y 2017 y, por lo tanto, no procedió a su posterior inscripción en el Registro Mercantil.

3.º Que, no obstante lo anterior, la sociedad de auditoría «Faura Casas Auditors Consultors, S.L.», ha elaborado la correspondiente auditoría de cuentas anuales de la agrupación de interés económico para los indicados ejercicios 2015, 2016 y 2017; con lo que se estima que la entidad «Serveis Auxiliars a la Sanitat, A.I.E.» ha cumplido con su obligación de someter a auditoría sus cuentas anuales en los indicados ejercicios, sin perjuicio que por un error material se omitió adoptar el acuerdo formal de nombramiento y su inscripción en el Registro Mercantil.

Consecuencia de lo anterior, solicita de esta Dirección General, de acuerdo con lo previsto en el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil, el nombramiento de auditor de cuentas de la entidad en cuestión para los ejercicios 2015, 2016 y 2017.

Con su solicitud, acompaña el interesado los documentos que estima pertinentes.

IV

Por su parte, el registrador mercantil de Barcelona IV, don José Luis San Román Ferreiro, emite informe de fecha 19 de febrero de 2020 del que se deduce que puede entenderse justificada la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor

para los ejercicios 2015, 2016 y 2017, elevando el expediente a esta Dirección General de conformidad con el artículo 356.1 del Reglamento del Registro Mercantil.

En concreto, del informe del registrador se desprende que resultaría procedente el nombramiento de auditor para la verificación contable de los ejercicios 2015, 2016 y 2017 al concurrir presupuestos reveladores de volumen económico significativo, que la sociedad «Faura Casas Auditors Consultors, S.L.» ha emitido los informes de los citados ejercicios, con lo que podría considerarse innecesario y no justificable económicamente el nombramiento de un nuevo auditor para el mismo cometido que ha realizado un profesional designado al efecto, más teniendo en cuenta los principios de objetividad, imparcialidad e independencia de la actividad auditora, salvaguardados por ley y que la entidad «Serveis Auxiliars a la Sanitat, A.I.E.» podría beneficiarse de un significativo ahorro de costes, en intereses de la entidad y sus socios, sin alterar la independencia del 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 Capital y artículos 154, 355 y 356 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.

1. El artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil regula la designación excepcional de auditor para la verificación contable de las cuentas de una sociedad soslayando el procedimiento ordinario regulado en el artículo 350 y siguientes del mismo reglamento. Dicho precepto confiere a esta Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública 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 o entidad de que se trate 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 o entidad en cuestión 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 y su anexo a que se refieren los números II y 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 dichos números.

3. Por su parte, el registrador mercantil de Barcelona IV, don José Luis San Román Ferreiro, emite informe de fecha 19 de febrero de 2020, del que se deduce que puede entenderse justificada la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor cuentas solicitado para los ejercicios 2015, 2016 y 2017, en los términos que han sido expuestos.

4. A la luz de las consideraciones anteriores, de los hechos expuestos y del informe de fecha 19 de febrero de 2020 del registrador mercantil de Barcelona IV, don José Luis San Román Ferreiro, resulta la concurrencia de circunstancias especiales que justifican la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor para los ejercicios 2015, 2016 y 2017, por cuanto concurren presupuestos reveladores de volumen económico significativo y conveniencia de que la elaboración y auditoría de las cuentas anuales de los ejercicios 2015, 2016 y 2017 de la entidad peticionaria sea hecha por la auditora en su día encargada y que ya ha elaborado los trabajos para los ejercicios expresados, no estando económicamente justificado el nombra-

miento de un auditor distinto para llevar a cabo el mismo cometido, pudiendo así beneficiarse de ahorro de costes en interés de la entidad y sus propios socios. A lo anterior, se añade que, en ningún caso, esa designación alteraría la independencia del auditor habida cuenta que la auditora ya ha efectuado las labores correspondientes a los ejercicios cerrados a 31 de diciembre de 2015, 2016 y 2017 y que, asimismo, los principios de objetividad e imparcialidad en su actuación están salvaguardados por ley.

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 entidad «Serveis Auxiliars a la Sanitat, A.I.E.», a fin de que verifique las cuentas anuales correspondientes a los ejercicios 2015, 2016 y 2017, al resultar del expediente que en la entidad solicitante concurren causas que así lo justifican.

2.º Autorizar al registrador mercantil de Barcelona IV, don José Luis San Román Ferreiro, a nombrar a «Faura Casas Auditors Consultors, S.L.», siempre que se acredite su inscripción en el ROAC, al no resultar ésta del expediente obrante en esta Dirección General, como auditor de cuentas de la entidad, para la revisión de sus cuentas anuales correspondientes a los ejercicios 2015, 2016 y 2017, de conformidad con el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil.

3.º Devolver el expediente al registro mercantil de Barcelona IV 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 pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia

donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 2 de junio de 2020 (6.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 3 de junio de 2020 (1.ª)

En el expediente 24/2020 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Faca Export, S.L.»

HECHOS

I

Doña P.C.K. presentó un escrito de fecha 21 de noviembre de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, en el que solicitó, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socia de «Faca Export, S.L.», el nombramiento de un experto para la determinación del valor razonable de las participaciones como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación al amparo del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

Fundamenta su solicitud en los siguientes extremos de acuerdo a la documentación que se acompaña:

a) Que la junta general extraordinaria de la sociedad celebrada el día 30 de octubre de 2019 aprobó las cuentas y la propuesta de aplicación de resultado de los ejercicios 2017 y 2018 íntegramente a reservas. Que en ninguno de los dos casos se acordó distribución de dividendo pese a la protesta realizada al efecto.

Acompaña copia del acta autorizada en fecha 11 de octubre de 2019 por el notario de Cornellà de Llobregat, don Manuel A. Benedito Roig en la que don S.J.C.E., actuando como administrador único de Faca Export S.L. le requiere al para que asista a la junta convocada para el día 30 de octubre de 2019 a fin de levantar acta de la misma. Aceptado el requerimiento y por diligencia de fecha 30 de octubre de 2019 el notario hace constar la comparecencia de dos socios, incluida la solicitante que lo hace representada, por lo que el presidente de la junta la considera válidamente constituida al asistir el cien por cien del capital social. En el desarrollo del orden del día resulta entre otras cuestiones que no son de interés para la presente: Que en relación al ejercicio 2017 el administrador propone que el beneficio íntegro se destine a reservas. El representante de la socia ahora solicitante protesta por la nula distribución del resultado. Se aprueba la propuesta de aplicación del administrador. En relación al ejercicio 2018 la propuesta de la administración es la misma como así lo es la protesta del representante de la socia solicitante, así como la final aprobación de la propuesta del administrador.

b) Que en fecha 11 de noviembre de 2019 notificó a la sociedad mediante burofax el ejercicio de su derecho de separación.

Acompaña copia del burofax de la que resulta su imposición y su entrega el día 12 de noviembre de 2019.

c) Que la sociedad no ha contestado al emplazamiento que en el mismo se realizó para alcanzar un acuerdo sobre el valor razonable.

d) Que si bien existe un procedimiento jurisdiccional sobre determinadas participaciones el mismo no afecta al reconocimiento de la condición de socia de la instante por lo que, de conformidad con la doctrina de la Resolución de la DGRN 16 de noviembre de 2017, no afecta al procedimiento.

e) Que por la elevada facturación de la sociedad se solicita que el designado sea de primer nivel.

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 se constituyó en el año 2003 y la solicitante participó del consejo de administración desde 2006 hasta su cese en 2015. 2.º Que desde su constitución hasta el ejercicio de 2016 la junta general aprobó por unanimidad, y con el voto de la solicitante, la aplicación integra a reservas del beneficio. Que por ello no puede reconocerse el derecho de separación de la señora solicitante porque ella misma ha votado en contra del reparto de dividendo durante trece ejercicios. Que en este caso el abuso proviene del socio minoritario por violación de su deber de lealtad y en contra del ejercicio de buena fe de la práctica habitual por parte del administrador.

III

El registrador mercantil de Barcelona núm. 15, don Jesús María Ducay López dictó resolución en fecha 11 de febrero de 2020 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 353 de la Ley de Sociedades de Capital por concurrir los requisitos legales.

IV

Don S.J.C.E., como administrador, por escrito de fecha 6 de abril de2020,que tuvo entrada el día 7 de abril inmediato posterior en el Registro Mercantil de Barcelona, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los mismos argumentos expuestos en su escrito de oposición, insistiendo en que la conducta de la solicitante, con su voto a favor del destino a reservas del beneficio de los sucesivos ejercicios, debe ser tenido en cuenta para considerar que no le asiste el derecho de separación pues de lo contrario se incurriría 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 Públi-

cas; 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 de 21 de febrero y 23 de noviembre de 2001, 4 de julio de 2007 y 18 de diciembre de 2008, así como las sentencias 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, 11 de junio, 2, 4 y 23 de octubre, 6, 14, 22, 23, 26 y 28 de noviembre y 17 y 18 de diciembre de 2018 y 14 y 21 (primera y segunda) de febrero, 7, 26 (primera, segunda y tercera), 28 (primera y segunda), y 29 de marzo, 15 y 22 (primera, segunda y tercera), de abril, 10 (tercera y quinta), y 16 (primera, segunda y tercera), de mayo y 6 (tercera y sexta) y 26 (quinta y sexta), de junio, 12 de septiembre (primera y segunda), 26 de noviembre, 3 de diciembre (segunda), 12 de diciembre (primera) y 23 de diciembre (segunda) de 2019, 3 de enero (primera, segunda y tercera), 14 de enero (primera y segunda), 13 de febrero (segunda y tercera), 26 de febrero (primera, segunda, tercera y cuarta), y 12 de marzo de 2020.

1. Una socia de una sociedad de responsabilidad limitada ejerce el derecho de separación amparada en el hecho de que la junta general de la sociedad, de fecha 30 de octubre de 2019, aprueba destinar el íntegro beneficio de los ejercicios 2017 y 2018 a reservas. Consta en el acta su protesta por la ausencia de reparto del beneficio. La sociedad se opone, pero el registrador mercantil desestima su oposición. La sociedad apela.

2. El recurso no puede prosperar. En realidad, la sociedad recurrente no combate el hecho de que la socia reúne los requisitos que para el ejercicio del derecho de separación establece el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. Su argumentación se fundamenta en el hecho de que la socia formó parte del órgano de administración hasta el ejercicio 2015 así como que hasta la junta en que se producen los hechos siempre había votado a favor de la propuesta de aplicar el resultado a reservas. De ahí deduce la sociedad recurrente que es la conducta de la socia solicitante la que debe determinar la inaplicabilidad del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, que es la socia la que abusa de su derecho y que debe tenerse en cuenta para determinar si concurren o no los requisitos legalmente exigibles.

En sede de ejercicio del derecho de separación, 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 corresponde a los socios su ejercicio cuando concurran las circunstancias previstas en la Ley (art. 346 de la Ley de Sociedades de Capital), o en los estatutos (art. 347), momento en el que pueden ejercitarlo unilateralmente sin necesidad de previo

acuerdo social (art. 348), y sin perjuicio de las consecuencias que se deriven de la falta de consenso sobre el valor de las participaciones o acciones, la persona que ha de llevar a cabo la valoración o el procedimiento para llevarlo a cabo (art. 353).

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.

También ha afirmado esta Dirección que es la regulación legal o estatutaria la que 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. En definitiva, es el exacto cumplimiento de los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico el que determina que un socio pueda ejercer su derecho de separación y, en su caso, instar del registrador mercantil la designación de un experto independiente en los términos previstos en el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital.

3. La Ley 11/2018, de 28 de diciembre por la que se modifica el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad, dispone en su artículo 2, apartado sexto que el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital pasa a tener una nueva redacción.

Del apartado primero de la citada Ley y de su disposición final séptima resulta que la nueva redacción del precepto es aplicable a los acuerdos de aprobación de cuentas anuales adoptados en juntas generales celebradas a partir del día 31 de diciembre de 2018, lo que concurre en el supuesto de hecho.

4. Con base en las anteriores afirmaciones, 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, 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 (art. 117 de la constitución Española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y resoluciones de este Centro en sede de designación de auditores de 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010, entre otras).

Las distintas alegaciones que lleva a cabo la sociedad y que se refieren a cuestiones de fondo exigen llevar a cabo un pronunciamiento expreso sobre lo que constituye el objeto del expediente administrativo de designación de experto independiente cuya regulación, que se encuentra en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, refleja lo limitado del conocimiento del registrador durante su tramitación y de esta Dirección General en instancia. Con carácter expreso establece el artículo 363.1del 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 así por lo limitado de su ámbito de conocimiento, limitado a la verificación de que concurren los requisitos exigidos por la Ley, y de sus medios de conocimiento.

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 y que se refiera a cuestiones ajenas al hecho de si resultan o no acreditados los requisitos legales, 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.

De contrario, no puede el recurrente pretender que este procedimiento se refiera a la concurrencia de requisitos que no son exigibles conforme a la ley y cuya posible relevancia en la posición de las partes escapa del ámbito del procedimiento y de la competencia de esta Dirección General.

El artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital no exige al socio que pretende el ejercicio de un derecho de separación que no haya formado parte del órgano de administración en el periodo en el contemplado, tampoco exige que haya ejercido su derecho de voto en un sentido determinado en ejercicios anteriores. Dichas circunstancias quedan pues, tal y como por extenso se ha razonado, fuera del objeto de un procedimiento como el presente que en ningún caso puede enjuiciar o valorar la conducta del solicitante y que por ese motivo carece de efectos declarativos o de cosa juzgada, reservados por la ley a los pronunciamientos de los tribunales de justicia.

5. 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 (art. 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil).

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.

Atendiendo a las circunstancias de hecho y a los Fundamentos de Derecho expuestos, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Barcelona núm. 15, don Jesús María Ducay López, de fecha 11 de febrero de 2020.

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

De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia

donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 3 de junio de 2020 (1.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 3 de junio de 2020 (2.ª)

En el expediente 26/2020 sobre nombramiento de auditor por concurrir circunstancias extraordinarias a instancia de la mercantil «Unipost, S.A.U.».

HECHOS

I

Por el Registro Mercantil de Barcelona XIV se remite a esta Dirección General de los Registros y del Notariado expediente para el nombramiento de auditor de conformidad con el artículo 356.1 del Reglamento Registro Mercantil, formando parte de dicho expediente los documentos que se relacionan en los siguientes antecedentes.

II

Así, por escrito fechado el 6 de marzo de 2020 de doña ….., como representante persona física de «Jausas Legal y Tributario, S.L.P.», administradora concursal de la mercantil «Unipost, S.A.U.», que tuvo su entrada en el Registro Mercantil de Barcelona el día 10 del mismo mes y año, viene a solicitar que se proceda al nombramiento como auditor de cuentas (art. 265.1 LSC) a la entidad «Uniaudit Oliver Camps, S.L.» para que efectúe la verificación de las cuentas anuales de la mercantil en cuestión de los ejercicios comprendidos entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de los años 2018 y 2019.

III

De dicha solicitud se desprende, en esencia, y en lo que a este expediente interesa que:

1.º La mercantil «Unipost, S.A.U.» está obligada a la verificación de las cuentas anuales y, en su caso, el informe de gestión por auditor de cuentas, y por acuerdo de la Junta General de accionistas de fecha 6 de noviembre de 2015, la sociedad nombró como auditores de la compañía a la sociedad «Uniaudit Oliver Camps, S.L.» para los ejercicios 2015, 2016 y 2017.

2.º Debido a que la sociedad fue declarada en situación de concurso en fecha 18 de julio de 2017, hasta el presente no ha sido posible por la administración concursal formular las cuentas del ejercicio 2017, 2018 y 2019 que han sido revisadas por el auditor nombrado.

3.º Se ha advertido por la administración concursal que no consta inscrito el auditor para la revisión de los ejercicios 2018 y 2019, si bien, tanto por la firma de auditoría como por la sociedad se había considerado que el auditor nombrado, «Uniaudit Oliver Camps, S.L.», se encontraba tácitamente prorrogado por un plazo de tres años, de acuerdo con el artículo 52 de la Ley de Auditoría de Cuentas, no existiendo oposición alguna a dicha prórroga tácita. Sin embargo, debido a las vicisitudes por las que ha pasado la sociedad debido a su entrada en concurso, no se procedió a la formalidad de informar a la Junta y comunicar al Registro la renovación tácita.

Continúa su escrito la interesada expresando que, «por todo ello, ahora procede solicitar al Registro el nombramiento de auditor que realice la verificación de las cuentas, pero el nombramiento de un nuevo Auditor distinto al nombrado por Junta y que puede considerarse en prórroga tácita, sólo comportaría mayor gasto para la sociedad y una gran pérdida de tiempo debido a la magnitud de la misma y multitud de asientos contables que su contabilidad entraña».

Consecuencia de lo anterior, solicita se proceda al nombramiento como auditor de cuentas a la entidad «Uniaudit Oliver Camps, S.L.», inscrita en el Registro Mercantil de Barcelona, Hoja B-433800, ROAC S2213, para la revisión de las cuentas anuales y del informe de gestión de los ejercicios comprendidos entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de los años 2018 y 2019.

IV

Por su parte, el registrador mercantil de Barcelona XIV, don Luis Fernández del Pozo, emite informe de fecha 16 de marzo de 2020 del que resulta que procede el nombramiento de auditor solicitado para los ejercicios 2018 y 2019 de la mercantil en cuestión, pudiendo concurrir las circunstancias excepcionales del artículo 356.1 del Reglamento del Registro Mercantil, elevando el expediente a esta Dirección General de conformidad con el artículo 356.1 del Reglamento citado.

En concreto, del informe del registrador se desprende que resultaría procedente el nombramiento de auditor para la verificación contable de los ejercicios 2018 y 2019, pudiendo concurrir para los ejercicios citados las circunstancias excepcionales previstas en el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil tales como presupuestos reveladores de volumen económico significativo; por la circunstancia de constar inscrito el nombramiento de la mercantil «Uniaudit Oliver Camps, S.L.» para verificar las cuentas anuales correspondientes a los ejercicios 2015 a 2017 de la referida sociedad; por la concurrencia de la circunstancia de que la última cuenta de pérdidas y ganancias depositada no se formuló en forma abreviada; por la alegada consideración de prórroga tácita del auditor; y por el hecho manifestado de que «Uniaudit Oliver Camps, S.L.» ya se encuentra realizando labores de verificación contable de la sociedad peticionaria conociendo el día a día y la operativa de la misma, y que podría no estar económicamente justificado para la sociedad el nombramiento de un auditor distinto al peticionado, máxime cuando su independencia, objetividad e imparcialidad están garantizadas por la legislación que regula la auditoría de cuentas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Visto lo dispuesto en el artículo 42 del Código de Comercio, artículos 263, 264 y 265 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Capital y artículos 154, 355 y 356 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.

1. El artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil regula la designación excepcional de auditor para la verificación contable de las cuentas de una sociedad soslayando el procedimiento ordinario regulado en el artículo 350 y siguientes del mismo reglamento. Dicho precepto confiere a esta Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública 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 o entidad de que se trate 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 o entidad en cuestión 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 refieren los números II y 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 dichos números.

3. Por su parte, el registrador mercantil de Barcelona XIV, don Luis Fernández del Pozo, emite informe de fecha 16 de marzo de 2020, del que resulta que procede el nombramiento de auditor solicitado para los ejercicios 2018 y 2019 de la mercantil en cuestión, pudiendo concurrir las circunstancias excepcionales del artículo 356.1 del Reglamento del Registro Mercantil, en los términos que han sido expuestos.

4. A la luz de las consideraciones anteriores, de los hechos expuestos y del informe de fecha 16 de marzo de 2020 del registrador mercantil de Barcelona XIV, don Luis Fernández del Pozo, resulta la concurrencia de circunstancias especiales que justifican la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor para los ejercicios 2018 y 2019, por cuanto concurren presupuestos reveladores de volumen económico significativo y conveniencia de que la elaboración y auditoría de las cuentas anuales de los ejercicios 2018 y 2019 de la mercantil peticionaria sea hecha por la misma auditora en su día encargada para verificar las cuentas anuales correspondientes a los ejercicios 2015 a 2017 de la referida sociedad, que fue objeto de la pertinente inscripción, y que la auditora en cuestión ya se encuentra realizando labores de verificación contable de la sociedad peticionaria conociendo el día a día y la operativa de la misma, no estando económicamente justificado el nombramiento de un auditor distinto para llevar a cabo el mismo cometido, pudiendo así beneficiarse de ahorro de costes en interés de la entidad y sus propios socios. A lo anterior, se añade que, en ningún caso, esa designación alteraría la independencia del auditor habida cuenta que la auditora ya ha efectuado las labores correspondientes a los 2015 a 2017 y que, asimismo, los principios de objetividad e imparcialidad en su actuación están salvaguardados por ley.

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 también 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 entidad «Unipost, S.A.U.», a fin de que verifique las cuentas anuales correspondientes a los ejercicios 2018 y 2019, al resultar del expediente que en la mercantil solicitante concurren causas que así lo justifican.

2.º Autorizar al registrador mercantil de Barcelona XIV, don Luis Fernández del Pozo, a nombrar a «Uniaudit Oliver Camps, S.L.», inscrita en el Registro Mercantil de Barcelona, Hoja B-433800, ROAC S2213, según se deduce del expediente, para la revisión de las cuentas anuales y del informe de gestión de los ejercicios comprendidos entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de los años 2018 y 2019, 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.

Atendiendo a las circunstancias de hecho y a los Fundamentos de Derecho expuestos, esta Dirección General ha acordado 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 pone fin a la vía administrativa.

De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 3 de junio de 2020 (2.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 4 de junio de 2020 (1.ª)

En el expediente19/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Diamante 1955, S.L.».

HECHOS

I

Doña M.N.Q.A., presentó un escrito de fecha 5 de febrero de 2020, dirigido al Registro Mercantil de Navarra, en el que tuvo su entrada el día 6 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 «Diamante 1955, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

II

Previo traslado llevado a cabo por el Registro Mercantil, la sociedad se opuso a la pretensión de la socia alegando: Que la solicitud resulta sorprendente por cuanto la solicitante mediante burofax de fecha 25 de noviembre de 2019 comunicó a la sociedad el ejercicio del derecho de separación como consecuencia de los acuerdos adoptados en la junta general de fecha 25 de octubre de 2019. Que el ejercicio del derecho de separación tiene como consecuencia el cese automático de la condición de socio y el nacimiento de un derecho al reembolso. Que careciendo de la condición de socio, la solicitante no puede solicitar la designación de auditor.

Acompaña copia del acta de la junta general de la sociedad celebrada en fecha 25 de octubre de 2019 con la asistencia de todos los socios, la hoy solicitante por medio de representante (quien anuncia su intención de impugnar la junta por permitirse la asistencia de persona no socio). Declarada la válida constitución de la junta, se acuerda por la mayoría la modificación del artículo 8 de los estatutos sociales con el voto en contra de la hoy solicitante.

Acompaña igualmente burofax de la hoy solicitante por el que notifica el ejercicio del derecho de separación.

III

El registrador mercantil de Navarra núm. 2, don Fernando José Carabaña Aguado dictó resolución en fecha 24 de febrero de 2020 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

El registrador fundamenta su decisión en los siguientes motivos:

1.º Que la notificación de ejercicio del derecho de separación fechada el día 25 de noviembre de 2017 (*sic*), tiene fecha de imposición de correos el día 27 del mismo mes por lo que se considera ejercido extemporáneamente.

2.º Que la junta general de fecha 25 de octubre de 2019 acordó distintos acuerdos que fueron elevados a público en escritura que presentada al Registro Mercantil para su inscrip-

ción fue calificada negativamente por considerar inválida la convocatoria al realizarse por dos de los tres administradores mancomunados. Que siendo nula la convocatoria y los acuerdos adoptados en la junta así celebrada, el derecho de separación carece de fundamento para su existencia sin que sea de aplicación al supuesto la doctrina del Tribunal Supremo en su sentencia de 16 de julio de 2019.

3.º Que aun considerando lo contrario el ejercicio del derecho de separación no implica el cese inmediato en dicha condición como resulta del artículo 349 de la Ley de Sociedades de Capital y de la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de fecha 16 de abril de 2015.

IV

Don C.F.D.Q., como administrador único de la sociedad, por escrito de fecha 9 de marzo de 2020, que tuvo entrada el 10 de marzo en el Registro Mercantil de Navarra, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base, resumidamente, a los siguientes argumentos: 1.º Que la solicitante no ha acreditado su condición de socio de la sociedad pues la única documentación aportada fue la escritura de constitución de la sociedad en la que ella no comparecía. 2.º Que aún en el caso contrario perdió su condición al notificar el ejercicio del derecho de separación el día 25 de noviembre de 2019. Que el artículo 348 de la Ley de Sociedades de Capital dispone que su ejercicio ha de llevarse a cabo en el plazo de un mes desde la publicación del acuerdo o desde su notificación exigiendo así una previa notificación o comunicación de la sociedad que efectivamente se llevó a cabo el día 28 de octubre de 2019, por lo que su notificación de ejercicio del derecho de separación se hizo en plazo. 3.º Que la sentencia 2390/2019 del Tribunal Supremo de fecha 16 de julio ampara la convocatoria llevada a cabo por cuanto la socia administradora mancomunada no convocante asistió a la junta general sin oposición (aunque afirmó que en dicha junta no se podían modificar los estatutos sociales), por lo que en virtud de la doctrina de los actos propios no se puede defender la no válida constitución y votar en contra de la propuesta de modificación y ejercer posteriormente el derecho de separación. 4.º Que ejercitado el derecho de separación hay que tener en cuenta la sentencia 12/2018, de 15 de enero de la Audiencia Provincial de la Coruña que entiende que produce efectos inmediatos.

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. Una socia de una sociedad de responsabilidad limitada solicita la designación de auditor al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. El registrador estima la solicitud y la sociedad recurre en los términos que resultan de los hechos. En esencia, la cuestión discutida es si una socia que ha ejercitado el derecho de separación está o no en condiciones de ejercer el derecho reconocido en el precepto reseñado.

2. No puede aceptarse la tacha de legitimación que la sociedad imputa a la solicitante pues si bien es cierto que de la escritura de constitución que aquella aporta con su solicitud no resulta su condición de socia, no lo es menos que del conjunto de la documentación que consta en el expediente (incluida la aportada por la propia sociedad recurrente), resulta de forma concluyente dicha condición.

La cuestión de la legitimación del solicitante 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, y como queda expuesto, del conjunto documental integrado en el expediente resulta reiteradamente la condición de socia de la solicitante. 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 socio no lo es, por lo que no cabe sino reconocer que está legitimada para solicitar la designación de auditor.

3. Por lo que se refiere a la posibilidad de ejercer el derecho contemplado en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital a los socios que han ejercido el derecho de separación, esta Dirección General ha tenido ocasión de pronunciarse sobre su posición jurídica hasta que se lleva a cabo la liquidación de sus participaciones. Conforme al criterio establecido en las Resoluciones de 25 de junio de 2014 y 5 de abril de 2017 (en sede de recursos en materia de auditores), sin necesidad de entrar en la polémica doctrinal sobre cuál es la naturaleza y alcance de la posición jurídica del socio que ejercita su derecho de separación o de cuál es el momento exacto en que pierde tal condición, lo cierto es que de la regulación contenida en la Ley de Sociedades de Capital resulta con claridad que desde el momento en que ejerce su dere-

cho a separarse de la sociedad la protección de su posición jurídica se agota en la restitución del valor razonable de su participación en la sociedad (*vide* resolución de 4 de febrero de 2013). Así resulta indubitadamente de la previsión del artículo 348 y 348 bis en relación con los artículos 353 y 356 de la Ley de Sociedades de Capital. El régimen legal establece que a falta de acuerdo sobre el importe del valor razonable este será determinado por un experto independiente nombrado por el registrador mercantil cuyos honorarios corren a cuenta de esta.

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

En definitiva, al igual que la legitimación del socio para solicitar la verificación de las cuentas anuales de la sociedad decae cuando no existe interés protegible 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), o porque renuncia al derecho reconocido (resolución de 31 de enero de 2014), ocurre igual cuando su interés se agota en la liquidación económica de su participación en la sociedad (*vide* art. 363 del Registro Mercantil y resolución de 4 de febrero de 2013).

4. Ejercitado el derecho de separación y con ello expresada la voluntad de desvinculación de la sociedad y protegida legalmente dicha posición jurídica mediante los mecanismos que garantizan la satisfacción del valor razonable, no cabe el ejercicio de otras facultades que la ley vincula a socios cuya afección social está incólume. Resulta del todo incongruente ejercer el derecho de desvinculación y pretender ejercer los derechos inherentes al socio vinculado. No cabe afirmar que se posponen todos los efectos derivados del ejercicio del derecho de separación hasta el momento de la liquidación de las consecuencias de su ejercicio, equiparando al socio que lo ha ejercitado con el socio que no lo ha hecho porque ello equivale a equiparar al socio desvinculado con el que no lo está, cuando su situación jurídica es claramente distinta.

No puede confundirse, en suma, el ejercicio del derecho de separación con los efectos que produce. Siendo eficaz el derecho de separación desde que se notifica a la sociedad, su consecuencia, la liquidación del crédito de separación, se dilata en el tiempo hasta que se hace efectivo. Pero de aquí no se sigue

que hasta este último momento no produzca efectos el ejercicio del derecho de separación.

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 (y en otras posteriores), estableció 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 resulta de las consideraciones anteriores, ejercitado el derecho de separación, es eficaz frente a la sociedad y desde ese momento el interés protegible se agota en la liquidación del crédito que corresponde al socio que lo ha ejercitado sin que pueda el interesado ejercer otras facultades inherentes a la condición de socio vinculado.

5. Las consideraciones anteriores no son contrarias a la doctrina contenida en la sentencia 194/2015 de 16 abril, de la Audiencia Provincial de Cádiz que parte de un supuesto de hecho distinto en el que las partes implicadas habían pleiteado previamente sobre la existencia o no del propio derecho de separación (dando lugar a la sentencia 438/2010 de 30 junio de nuestro Tribunal Supremo). Como resulta de la sentencia de la Audiencia Provincial, el ejercicio del derecho de separación deriva en aquel caso de su reconocimiento por el alto Tribunal y no por la mera declaración del socio con la consecuencia de que, si bien no tiene como efecto la cesación automática e inmediata de la condición de socio, es indudable que desde que aquélla tiene lugar el vínculo social queda afectado entrando en una fase de decadencia o degradación, aun persistiendo. Es cierto que la propia sentencia afirma que los derechos del socio no quedan mermados por el hecho del reconocimiento del derecho de separación, pero no lo es menos que la afirmación se basa en el dilatado procedimiento judicial que no impidió que la sociedad continuase con la marcha habitual de su actividad social y que el socio interviniese en la misma, incluso acudiendo a una ampliación de capital. La propia sentencia limita los efectos del reconocimiento de la condición de socio en el ámbito de la legitimación al establecer: «…la legitimación que ostenta el apelante es una legitimación «ad cautelam», eventual y muy especial en cuanto que tan solo le facultaría para el ejercicio de acciones frente a la sociedad que tuviesen por objeto el concreto procedimiento liquidatorio a que hemos hecho referencia, pero no a otros asuntos societarios.»

Como afirma la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña (Sección 4.ª), 12/2018 de 15 enero: «Determinado éste (se refiere al valor razonable) y notificado a la sociedad, por la misma se cuestionó tal valoración, pero

ello no significa que el demandante conserve la condición de socio que lo convierta, por su porcentaje en el capital social, en persona especialmente vinculada con la concursada. De lo que realmente es titular, una vez ejercitado su derecho de separación, es de un crédito al reembolso del art. 356 de la LSC, que ya ha sido legalmente cuantificado, si bien hallándose su importe pendiente de impugnación, y no de un derecho de crédito a participar en los beneficios sociales vía art. 93 a) LSC, que no son compatibles. Es más, el propio Tribunal Supremo, en STS 32/2006, de 23 de enero (RJ 2006, 256), bajo la legalidad societaria precedente, pero extrapolable al presente marco litigioso, considera que ejercitado el derecho subjetivo y potestativo a la separación, éste despliega su eficacia, sin que quepa ya el arrepentimiento de la sociedad, dejando sin efecto el acuerdo social, que propició la modificación estatutaria, con base a la cual se ejercitó tal derecho de separación, sino que, a partir de tal momento, son actos debidos los que deben ser ejecutados por la sociedad.»

6. La particularidad del caso presente es que el registrador entiende que el derecho de separación no ha existido tanto por la irregular convocatoria de la junta general como por el hecho de que su ejercicio ha sido extemporáneo. En definitiva, que la solicitante conserva su condición de socia por lo que reúne los requisitos establecidos en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

En relación con el plazo para el ejercicio del derecho de separación, la sociedad recurrente alega que al efecto de lo previsto en el artículo 348 de la Ley de Sociedades de Capital notificó a la socia mediante burofax, que acompaña, de fecha 28 de octubre de 2019 dándole a conocer que disponía del plazo de un mes para el ejercicio de su derecho por lo que habiendo notificado a la sociedad por medio de burofax de fecha 27 de noviembre el ejercicio del derecho está en plazo.

El artículo 348 de la Ley de Sociedades de Capital dispone lo siguiente: «1. Los acuerdos que den lugar al derecho de separación se publicarán en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil». En las sociedades de responsabilidad limitada y en las anónimas cuando todas las acciones sean nominativas, los administradores podrán sustituir la publicación por una comunicación escrita a cada uno de los socios que no hayan votado a favor del acuerdo. 2. El derecho de separación habrá de ejercitarse por escrito en el plazo de un mes a contar desde la publicación del acuerdo o desde la recepción de la comunicación.»

Ciertamente, la previsión del artículo 348 está pensando en los socios ausentes de la junta que ha adoptado el acuerdo que origina el derecho de separación por lo que cuando los socios han estado presentes en la junta, el plazo debe computarse desde su celebración. Pero el ejercicio del derecho de separación frente a la sociedad no puede quedar perjudicado si la propia entidad notifica el acuerdo a la socia asistente y le advierte de que el plazo se cuenta desde dicha notificación, como ha ocurrido en el supuesto de hecho.

Por lo que se refiere a la validez de la convocatoria, el registrador hace constar en su resolución que los acuerdos adoptados en la junta general de 25 de octubre de 2019 han sido elevados a escritura pública la cual ha sido presentada para su inscripción en el Registro Mercantil el día 15 de enero de 2020 y calificada con defectos por vicio de convocatoria.

En consecuencia, no procede que ahora, en el ámbito de otro expediente registral que tiene por exclusivo objeto determinar si procede o no la designación de auditor, se haga un pronunciamiento al respecto hasta que la situación derivada de la anterior presentación adquiera firmeza.

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 validez de la convocatoria de la junta se resuelve en la posterior inscripción del título 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).

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

1.º Se deja sin efecto la resolución del registrador mercantil de Navarra núm. 2 don Fernando Carabaña Aguado de fecha 24 de febrero de 2020.

2.º Se retrotrae el expediente a la fase de instrucción, en concreto al momento anterior a la resolución que se deja sin efecto, con el fin de que el registrador mercantil, en atención al estado del Registro, resuelva lo que proceda de conformidad con la doctrina expuesta más arriba.

3.º Devolver el expediente al registrador mercantil a fin de que se lleven a cabo las anteriores diligencias.

Atendiendo a las circunstancias de hecho y a los Fundamentos de Derecho expuestos, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Navarra núm. 2, don Fernando José Carabaña Aguado de fecha 24 de febrero de 2020 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 pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 4 de junio de 2020 (1.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 16 de junio de 2020 (1.ª)

En el expediente 28/2020 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Procor San Ignacio Uno, S.L.»

HECHOS

I

Don I.D.M.L., representante de Compañía Insular de Exportación S.L. y don J.A.-R. V., representante de Nagoloc S.L., ambas sociedades administradoras mancomunadas de Procor San Ignacio Uno S.L., presentaron un escrito de fecha 29 de enero de 2020, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que solicitaron, 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 la participación de unos socios (en copropiedad), como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación al amparo del artículo 346.1.c de la Ley de Sociedades de Capital.

Fundamenta su solicitud en los siguientes extremos de acuerdo a la documentación que se acompaña:

a) Que el día 14 de noviembre de 2019 y como consecuencia del acuerdo por la junta general de reactivar la sociedad, los cotitulares de la participación número 25 ejercieron su derecho de separación.

Acompañan copia del acta autorizada por el notario de Madrid don Antonio Luis Reina Gutiérrez el día 14 de noviembre de 2019 por la que los liquidadores mancomunados de Procor San Ignacio Uno S.L. le requieren para que levante acta de la junta general a celebrar el día 14 de noviembre de 2019.

De la diligencia del notario de dicha fecha resulta que se constituye la junta general con la asistencia, entre capital presente y representado, del 95,71% del capital social, declarándose válidamente constituida. Resulta igualmente que el punto primero del orden del día relativo a la reactivación de la sociedad es aprobado con el voto favorable del 72,86% del capital social.

Resulta igualmente que un socio, don I.D.L.S. manifiesta que la convocatoria de la junta es nula por haber sido destituidos los liquidadores por auto judicial. Acompaña y el notario incorpora el decreto de fecha 10 de diciembre de 2018 por el que el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Las Palmas en los autos 175/2018. De su parte dispositiva resulta: «Acuerdo. La Revocación de los liquidadores Compañía Insular de Exportación S.L. y Nagoloc, S.L. …de la entidad mercantil Procor San Ignacio Uno S.L. en liquidación… Acuerdo el nombramiento de nuevo liquidador de la mercantil Procor San Ignacio Uno S.L. en liquidación…Notifíquese la presente resolución a los interesados haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de revisión, conforme a lo previsto en el artículo 20 de la LJV…»

Consta igualmente copia del auto 65/2019 de fecha 19 de marzo de 2019 del mismo juzgado y recaído en los mismos autos por el que el magistrado don Guillermo Fernández García desestima el recurso de revisión interpuesto.

b) Que como consecuencia de dicho acuerdo los cotitulares de la participación núm. 25, don I.D.L.S., doña E.M.L.B.L., doña M.L.M.L.B.L. y don A.M.L.B.L. ejercieron su derecho de separación sin que se haya alcanzado un acuerdo sobre el valor razonable.

II

Tras la práctica de una diligencia para mejor proveer el expediente, el registrador mercantil de Madrid núm. 13, don Juan Sarmiento Ramos mediante resolución de fecha 25 de febrero de 2020 acuerda inadmitir la solicitud. La resolución se fundamenta de la siguiente forma: «Vista la documentación solicitada en diligencia para mejor proveer el día 6 de febrero del corriente, de la que resulta que los firmantes de la solicitud referida fueron revocados de sus cargos de liquidadores mancomunados por decreto de 10 de diciembre de 2018 del Letrado de la Administración de Justicia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de las Palmas de Gran Canaria, que fue confirmado en revisión por auto de 19 de marzo del 2019, dictado por el Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de las Palmas de Gran Canaria.

Vistos los arts. 20, 120 y SS LJV y 166, 209, 214, 233, 234 275 389.2 LSC.

Considerando que, según resulta del art 20 LJV, como norma general, frente a los decretos dictados en sede de Jurisdicción Voluntaria por el Letrado de la Administración de Justicia que hayan sido confirmados en revisión por el juez, si bien cabe recurso de apelación, no tiene tal recurso efectos suspensivos si la ley no señala lo contrario.

Considerando que el decreto de 10 de diciembre de 2018 antes referido, confirmado en revisión tiene naturaleza de acto de Jurisdicción Voluntaria, según resulta de los artículos 120 y siguientes. LJV.

Considerando que el recurso ante el juez de lo mercantil, contemplado en el art 389, cuando la decisión es adoptada por el letrado de la Administración de Justicia, no es otro que ese recurso de revisión previsto en el art 20 LJV. Y que, consiguientemente, el auto dictado por el juez de lo mercantil en dicho recurso de revisión antes referido es plenamente eficaz aun cuando pueda ser susceptible de apelación (lo que ni siquiera consta), pues dicho recurso, como se ha señalado, no tiene efectos suspensivos, al no haber disposición especifica dentro de la regulación de los expedientes de jurisdicción voluntaria contemplados en los arts. 120 y ss. LJV, que altere lo previsto en el art 20 in fine LJV.

Considerando que el cese como liquidadores es plenamente eficaz desde el momento en que se produce, por más que no se haya inscrito aún en el Registro (*cfr.* arts. 214, 223 y 275LSC). Sin que la presunción derivada de la inscripción, conforme al art 20 C de C. pueda en este caso llevar a ignorar la eficacia de las resoluciones judiciales referidas.

Considerando que esa eficacia inmediata del decreto y auto antes referidos, de los que resulta la revocación como liquidadores mancomunados de quienes en tal concepto formulan la presente solicitud, implica que estos han perdido toda legitimación para actuar en nombre de la sociedad (y, por tanto, también para convocar la junta que acuerda la reactivación que daría lugar a una eventual separación de socio que motiva la solicitud de experto independiente, tal como se desprende del art 166 LSC).

Considerando que no puede actuar en nombre de otro quien no tenga su autorización o representación legal (*cfr.* art. 1259 Ce), y que la gestión y representación de la sociedad corresponde al órgano de administración o, en su caso a los liquidadores, en los términos prevenidos en los arts. 209, 233, 234 y 379 LSC.

He acordado no acceder a dicha solicitud de nombramiento de experto independiente formulada en nombre de la sociedad referida en tanto no se acredite que quienes, en nombre de la misma, firman la presente solicitud ostentan en ese momento cargo social vigente que les legitime para su formulación.»

III

Don I.D.M.L., y don J.A.-R. V., actuando en el mismo concepto en que lo hacen en la solicitud, por escrito de fecha 1 de abril de 2020, interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a, resumidamente, los siguientes argumentos: Que la resolución del juzgado de lo mercantil ha sido recurrida en apelación por desaparición de su objeto como confirma que no se haya solicitado su ejecución y designación de nuevo liquidador. Que el registrador no puede apreciar falta de legitimación de los solicitantes si el propio señor D.L. no ha solicitado la ejecución de la resolución. Que la junta general acordó la designación de los solicitantes como administradores mancomunados, nombramiento que no ha podido ser inscrito porque debe inscribirse simultáneamente con las consecuencias del ejercicio del derecho de separación por lo que la decisión del Registro Mercantil supone un bloqueo que no beneficia a nadie y perjudica a todos. 1.º Que el procedimiento de nombramiento de experto independiente debe examinarse al amparo del principio de libertad que rige en el ordenamiento civil y que tiene su reflejo en el derecho de sociedades. Que si son los propios socios y la sociedad quienes pretenden el nombramiento de experto el registrador no debe exceder sus funciones de control en beneficio de terceros inexistentes. Que los liquidadores constan inscritos en el Registro Mercantil por lo que rige el artículo 7 del Reglamento del Registro Mercantil sobre legitimación registral sin que se haya anotado por la parte el cese de los liquidadores. Que los liquidadores han continuado ejerciendo su función dado que no ha existido un nombramiento judicial de liquidador, sin que haya inscripción registral en contra. 2.º Que los administradores mancomunados tienen legitimación para instar el nombramiento de experto pues tras el ejercicio

del derecho de separación la resolución de destitución de los liquidadores ha quedado sin objeto. Que si bien es cierto que el artículo 20 de la LJV afirma que la interposición de recurso no tendrá efectos suspensivos no lo es menos que el art 524 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que mientras las resoluciones no sean firmes sólo cabe la anotación preventiva en el Registro Mercantil. Que siendo importante lo anterior, más lo es que el ejercicio del derecho de separación ha dejado sin objeto el procedimiento de jurisdicción voluntaria al perder el socio su condición. En suma, que si el 72% del capital social ha votado a favor de la reactivación y el resto de socios han ejercitado el derecho de separación no existe fundamento alguno para mantener el bloqueo social. 3.º Que la inscripción en el Registro Mercantil no obsta al nombramiento de los administradores en junta general por lo que ampararse en la existencia de un procedimiento de jurisdicción voluntaria que ha perdido su objeto infringe la propia normativa societaria. Que no habiendo sido realizada la designación de un liquidador nuevo no existe contradicción con el contenido del Registro Mercantil. 4.º Que no puede hacerse prevalecer el contenido de una resolución dictada en jurisdicción voluntaria que no está ejecutada ni inscrita frente al contenido del registro en contra del principio de fe pública.

Entre otros documentos se acompaña al escrito de recurso copia de la solicitud dirigida a la sección cuarta de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria por la que se solicita la terminación del procedimiento de jurisdicción voluntaria, expediente 175/2018, por carencia sobrevenida de objeto. No resulta su presentación en el registro.

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; artículo 20 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil; las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de febrero y 23 de noviembre de 2001, 4 de julio de 2007 y 18 de diciembre de 2008, así como las sentencias 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, 11 de junio, 2, 4 y 23 de octubre, 6, 14, 22, 23, 26 y 28 de noviembre y 17 y 18 de diciembre de 2018 y 14 y 21 (primera y segunda) de febrero, 7, 26 (primera, segunda y tercera), 28 (primera y segunda), y 29 de marzo, 15 y 22 (primera, segunda y tercera), de abril, 10 (tercera y quinta), y 16 (primera, segunda y tercera), de mayo y 6 (tercera y sexta) y 26 (quinta y sexta), de junio, 12 de septiembre (primera y segunda), 26 de noviembre, 3 de diciembre (segunda), 12 de diciembre (primera) y 23 de diciembre (segunda) de 2019, 3 de enero (primera, segunda y

tercera), 14 de enero (primera y segunda), 13 de febrero (segunda y tercera), 26 de febrero (primera, segunda, tercera y cuarta), y 12 de marzo de 2020.

1. 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).

Es igualmente doctrina de esta Dirección que el objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que el artículo 346 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. La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la constitución Española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y resoluciones de este Centro en sede de designación de auditores de 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010, entre otras).

2. La resolución de 9 de octubre de 2019 (2.ª), se refirió al derecho de separación fundamentado en la reactivación de la sociedad poniendo de manifiesto sus bases legales. Así, dispone 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: … c) Reactivación de la sociedad…»

Dice así el artículo 370: «Reactivación de la sociedad disuelta. 1. La junta general podrá acordar el retorno de la sociedad disuelta a la vida activa siempre que haya desaparecido la causa de disolución, el patrimonio contable no sea inferior al capital social y no haya comenzado el pago de la cuota de liquidación a los socios. No podrá acordarse la reactivación en los casos de disolución de pleno derecho. 2. El acuerdo de reactivación se adoptará con los requisitos establecidos para la modificación de los estatutos. 3. El socio que no vote a favor de la reactivación tiene derecho a separarse de la sociedad. 4. Los acreedores sociales podrán oponerse al acuerdo de reactivación, en las mismas condiciones y con los mismos efectos previstos en la ley para el caso de reducción del capital.»

Por su parte dispone el artículo 348.2: «El derecho de separación habrá de ejercitarse por escrito en el plazo de un mes a contar desde la publicación del acuerdo o desde la recepción de la comunicación.»

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

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. Como resulta de los preceptos transcritos, el ejercicio del derecho de separación se fundamenta en un previo acuerdo de la junta de socios. Esta circunstancia es de especial relevancia en el supuesto de hecho ya que toda la controversia se centra en si la convocatoria de la junta general en la que se adoptó el acuerdo que fundamentaría el ejercicio del derecho de separación fue o no conforme a 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 extre-

mos 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).

En este sentido y como afirmara la resolución de 14 de septiembre de 2015, la facultad de convocatoria de la junta general está reservada legalmente al órgano de administración con carácter exclusivo, según el artículo 166 de la Ley de Sociedades de Capital, al margen de supuestos singulares como el relativo a la sociedad en fase de liquidación –como resulta del mismo precepto legal–, el de convocatoria judicial (arts. 169 y 171, párrafo primero, de la Ley de Sociedades de Capital) o el de órgano de administración incompleto y con objetivo limitado (como dispone el párrafo segundo del artículo 171 de la misma Ley).

Si la convocatoria en debida forma es presupuesto de la válida constitución de la junta general, la falta de competencia de quien haya realizado aquélla determinará la invalidez de la reunión y la ineficacia de sus acuerdos.

En el supuesto de que hecho que da lugar a la presente consta del expediente, y los recurrentes no lo discuten, que los liquidadores convocantes de la junta general en la que se acordó la reactivación de la sociedad estaban cesados al tiempo de la convocatoria como consecuencia del decreto de fecha 10 de diciembre de 2018 del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Las Palmas en los autos 175/2018, confirmado en revisión por el auto 65/2019 de fecha 19 de marzo de 2019 del mismo juzgado.

La consecuencia ineludible es que la convocatoria de la junta general ha sido llevada a cabo por personas incompetentes lo que determina su invalidez,

así como la de los acuerdos en ella adoptados por lo que no procede la designación de experto independiente al amparo de una situación de fondo que nace de dicha junta general.

3. Los argumentos de contrario de los recurrentes no pueden enervar las conclusiones anteriores. En primer lugar, porque la apelación del auto de revisión a que se refiere el escrito de recurso y de la que se acompaña la demanda no consta que haya sido efectivamente presentada ante órgano competente (art. 458.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Es cierto que de resultar dicha circunstancia del expediente el resultado de la presente resolución no sería la desestimación sino la suspensión del expediente registral hasta que recayese resolución judicial firme. Así resulta de la continua doctrina de esta Dirección General en sede de litispendencia cuando el objeto de la litis puede tener una consecuencia directa en su resolución (*vide* Resoluciones en sede de designación de auditores, de 22 de septiembre de 2012, 13 de mayo y 20 de diciembre de 2013 y 31 de enero, 5 de agosto, 1 de octubre y 10 de diciembre de 2014, entre otras que afirman que procede la suspensión del procedimiento cuando se está discutiendo en vía judicial su presupuesto. El hecho de que el conocimiento de la cuestión debatida este siendo ejercitada por los Tribunales impide que esta Dirección se pronuncie en tanto no exista una resolución judicial firme al respecto). Lo que ocurre es que no resulta tal circunstancia del expediente por lo que procede la desestimación.

El mismo destino desestimatorio merece la apelación al principio de legitimación registral pues como resulta de los artículos 20 del Código de Comercio y 7 del Reglamento del Registro Mercantil la presunción de validez y vigencia del contenido del Registro Mercantil es una presunción que admite prueba en contrario como es la aportada por la propia parte solicitante.

Tampoco puede ampararse el motivo que hace referencia a que el procedimiento de jurisdicción voluntaria ha quedado sin objeto de forma sobrevenida por el ejercicio del derecho de separación. Con independencia de que no ha quedado acreditado en el expediente que la cuestión esté siendo objeto de conocimiento por los tribunales, lo trascendente dentro de este expediente de designación de experto es que lo que sí ha quedado acreditado es que la junta general en la que se fundamenta la solicitud no fue convocada por persona competente. De aquí resulta la imposibilidad de seguir con el procedimiento.

Tampoco puede ampararse la afirmación de los recurrentes de que el ejercicio por distintos socios de su derecho de separación implica su aceptación de la convocatoria y de sus consecuencias jurídicas. Nuevamente, con independencia de que corresponde a los tribunales la determinación del valor que pudiera tener dicha circunstancia en el previo procedimiento de jurisdicción voluntaria, lo cierto es que los socios no han hecho otra cosa que ejercer el derecho que el ordenamiento pone a su alcance como consecuencia del acuerdo adoptado en la junta general sin que de ahí, necesariamente, haya que deducir otra consecuencia jurídica. Y es que el escrito de recurso hace supuesto

de la cuestión de modo continuado al afirmar que la convocatoria realizada por los liquidadores cesados es válida cuando dicha circunstancia es precisamente la que debería constar acreditada; y no lo está, según la propia documentación aportada por los solicitantes.

No cabe finalmente amparar las afirmaciones que hace el escrito de recurso sobre los eventuales perjuicios que puede sufrir la sociedad ni sobre la obligación de los liquidadores cesados de proveer las necesidades de la sociedad. Ni aquello es conforme con el objeto de este expediente limitado como se ha dicho a determinar si concurren o no los requisitos para que se designe experto independiente ni lo último es acorde con la doctrina de esta Dirección General. Como afirmara la resolución de 4 de febrero de 2015, es cierto que según la jurisprudencia, en aras a los principios de conservación de la empresa y de estabilidad de los mercados así como la finalidad de evitar la paralización de los órganos sociales, y, a la postre, la incursión en causa de disolución, en los supuestos de acefalia funcional del órgano de administración, razones pragmáticas imponen reconocer, dentro de ciertos límites, a quienes de hecho administran la sociedad facultades para convocar junta dirigida a regularizar los órganos de la sociedad (*vid.* Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2007, 23 de octubre de 2009, 9 de diciembre de 2010 y 23 de febrero de 2012). Pero esta doctrina del administrador de hecho ha de entenderse limitada, como señalaron las Resoluciones de esta Dirección General de 13 de mayo de 1998, 15 de febrero de 1999 y 24 de enero de 2001, a supuestos de caducidad reciente en línea con la solución que se introdujo en nuestro ordenamiento sobre pervivencia de los asientos de nombramientos, aun transcurridos los plazos por los que tuvieron lugar, hasta la celebración de la primera junta general o el transcurso del plazo en que debiera haberse celebrado la primera junta general ordinaria en las que hubieran podido realizarse nuevos nombramientos. Además, debe tenerse en cuenta que la doctrina jurisprudencial sobre validez de convocatoria de junta general por el administrador de hecho se basa en la necesidad de regularizar los órganos de la sociedad para evitar su disolución, y esta Dirección General ha puesto de relieve que, transcurrido el plazo de duración del cargo de los administradores, no se produce una prórroga indiscriminada de su mandato, pues el ejercicio de sus facultades está encaminado exclusivamente a la provisión de las necesidades sociales y, especialmente, a que el órgano con competencia legal, la junta de socios, pueda proveer el nombramiento de nuevos cargos. Por este motivo, este Centro Directivo ha rechazado la inscripción de acuerdos sociales adoptados por juntas convocadas por administradores con cargos vencidos cuando el objeto de la convocatoria excedía sobradamente de las previsiones legales (*vid.* Resoluciones de 13 de mayo de 1998 y 15 de febrero de 1999, la primera de ellas relativas a un acuerdo de disolución de la sociedad).

Como resulta de los hechos la situación no es de falta de provisión del cargo de liquidador ya que el decreto recaído acordó su designación, sin que quepa ahora analizar por qué el promotor del expediente o quienes hasta

entonces habían ostentado la representación de la sociedad no han actuado en consecuencia reclamando la designación en el ámbito del expediente de jurisdicción voluntaria de un nuevo liquidador. Pero aun cuando se acepte la situación de hecho y se afirme que los liquidadores cesados estaban vinculados por su deber de mantener la empresa en funcionamiento la convocatoria de junta llevada a cabo excede con mucho lo que debería ser su única finalidad, la provisión de un nuevo órgano de gestión y representación de la sociedad.

Atendiendo a las circunstancias de hecho y a los Fundamentos de Derecho expuestos, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid núm. 13, don Juan Sarmiento Ramos mediante resolución de fecha 25 de febrero de 2020.

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

De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 16 de junio de 2020 (1.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 16 de junio de 2020 (2.ª)

En el expediente 29/2020 sobre nombramiento de experto a instancia de una socia de «Fisio Light, S.L.».

HECHOS

I

Doña B.M.A. presenta un escrito de fecha 17 de marzo de 2020, dirigido al Registro Mercantil de La Coruña, en el que solicita, 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 ostenta en la sociedad Fisio Light S.L., como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación al amparo del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

Fundamenta su solicitud en los siguientes extremos de acuerdo a la documentación que se acompaña:

a) Que la sociedad celebró junta general en fecha 5 de febrero de 2020 en la que la ahora solicitante hizo constar en acta su protesta por la insuficiencia de los dividendos reconocidos ejercitando en el mismo acto su el derecho de separación de la sociedad.

Acompaña copia del acta autorizada por el notario de La Coruña don José Vicente Peón Rama en fecha 4 de febrero de 2020 en relación a la junta general de la sociedad celebrada en dicha fecha. Resulta que el representante de la ahora solicitante y una vez aprobada la propuesta de aplicación del resultado del ejercicio 2018, hace constar su protesta por la insuficiencia de los dividendos reconocidos ejercita el derecho de separación. Resulta también la intervención de una socia que cree recordar que en el ejercicio 2015 el resultado fue de pérdidas.

b) Que la sociedad no ha realizado manifestación alguna sobre la valoración de sus participaciones.

II

Previo traslado de la solicitud por parte del Registro Mercantil, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que tal y como se hizo constar en la junta general, la sociedad no reconoce el ejercicio del derecho de separación. 2.º Que como entonces se puso de manifiesto no reúne el requisito de que la sociedad haya obtenido beneficios en los tres ejercicios anteriores puesto que en el ejercicio 2015 el resultado fue de pérdidas por lo que no procede el derecho de separación. 3.º Que la instante fue administradora de la sociedad hasta el día 3 de mayo de 2019 y fue en cuyo mandato se propuso y aprobó que el resultado se destinase a reservas o a remanente. Que el retraso en la aprobación de las cuentas de los ejercicios 2017 y 2018 es imputable a la instante que tuvo que ser requerida notarialmente para la entrega de documentación. Que de todo ello resulta un abuso de derecho por pretender el ejercicio de un derecho en contra de sus propios actos.

III

El registrador mercantil de La Coruña, don Antonio Gelabert González dictó resolución en fecha 13 de abril de 2020 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 353 de la Ley de Sociedades de Capital.

IV

Doña M.V.G.F., como administradora de la sociedad, por escrito de fecha 20 de mayo de 2020, que tuvo entrada el día inmediato posterior en el Registro Mercantil de La Coruña, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a, resumidamente, los siguientes argumentos: Que la junta general de 4 de febrero de 2020 aprobó las cuentas del ejercicio 2017 y 2018. Que la resolución impugnada no tiene en cuenta que el ejercicio del derecho de separación en base a la aprobación de las cuentas del

ejercicio 2018 no es posible por el resultado negativo del ejercicio 2015. A la vista de los resultados de los ejercicios en los tres ejercicios anteriores a aquel en cuya virtud se ejercita el derecho de separación no cabe entender cumplidos los requisitos del artículo 348 bis. La resolución impugnada incluye el propio ejercicio 2018 en el cómputo de los tres ejercicios cuando no es así.

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 de 21 de febrero y 23 de noviembre de 2001, 4 de julio de 2007 y 18 de diciembre de 2008, así como las sentencias 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, 11 de junio, 2, 4 y 23 de octubre, 6, 14, 22, 23, 26 y 28 de noviembre y 17 y 18 de diciembre de 2018 y 14 y 21 (primera y segunda) de febrero, 7, 26 (primera, segunda y tercera), 28 (primera y segunda), y 29 de marzo, 15 y 22 (primera, segunda y tercera), de abril, 10 (tercera y quinta), y 16 (primera, segunda y tercera), de mayo y 6 (tercera y sexta) y 26 (quinta y sexta), de junio, 12 de septiembre (primera y segunda), 26 de noviembre, 3 de diciembre (segunda), 12 de diciembre (primera) y 23 de diciembre (segunda) de 2019, 3 de enero (primera, segunda y tercera), 14 de enero (primera y segunda), 13 de febrero (segunda y tercera), 26 de febrero (primera, segunda, tercera y cuarta), y 12 de marzo de 2020.

1. Ejercitado el derecho de separación por una socia al amparo del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital solicita del registrador mercantil la designación de experto independiente en aplicación de lo previsto en su artículo 353. La sociedad se opone por entender que en el tercer ejercicio anterior al de aprobación de la propuesta de aplicación de resultado del ejercicio 2018, el resultado fue de pérdidas por lo que no procede el reconocimiento del derecho. El registrador mercantil rechaza la oposición y resuelve la procedencia de la solicitud. La sociedad recurre en alzada.

2. La única cuestión que se plantea en el presente expediente reside en determinar cómo se ha de realizar el cómputo de los tres ejercicios anteriores a que se refiere el artículo 348 bis.1 de la Ley de Sociedades de Capital. En

concreto ha de decidirse si en dicho cómputo se encuentra comprendido el ejercicio cuya aprobación de la propuesta de resultado fundamenta el ejercicio del derecho de separación.

El primer apartado del precepto en cuestión dice así: «Salvo disposición contraria de los estatutos, transcurrido el quinto ejercicio contado desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad, el socio que hubiera hecho constar en el acta su protesta por la insuficiencia de los dividendos reconocidos tendrá derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, el veinticinco por ciento de los beneficios obtenidos durante el ejercicio anterior que sean legalmente distribuibles siempre que se hayan obtenido beneficios durante los tres ejercicios anteriores. Sin embargo, aun cuando se produzca la anterior circunstancia, el derecho de separación no surgirá si el total de los dividendos distribuidos durante los últimos cinco años equivale, por lo menos, al veinticinco por ciento de los beneficios legalmente distribuibles registrados en dicho periodo.»

Si se compara el texto vigente al tiempo de la adopción del acuerdo con el texto del artículo 348 bis anterior a la reforma operada por la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, resulta con claridad la voluntad del legislador de introducir un elemento temporal a fin de evitar que la decisión sobre el beneficio de un único ejercicio permita el ejercicio del derecho de separación

El texto original del artículo 348 bis de acuerdo a la modificación operada en la Ley de Sociedades de Capital por la Ley 25/2011, de 1 de agosto decía así: «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.»

De la simple comparación entre ambos textos resulta que el legislador ha introducido dos periodos que inhiben el nacimiento del derecho de separación: el primero, se refiere a los tres ejercicios anteriores para el caso de que durante cada uno de ellos haya existido beneficio. Con esta medida el legislador rechaza la existencia de derecho de separación por la mera existencia de beneficio si este no se enmarca en un periodo de favorable marcha económica de la sociedad; es decir, que la decisión de la junta general acordando no repartir un mínimo de beneficio sea objetivamente contraria para el socio minoritario. El segundo periodo es un mecanismo que a su vez modera esta primera medida correctora pues no existirá derecho de separación a pesar de la decisión de la junta general de no repartir un mínimo de dividendo y a pesar de que la decisión se enmarca en un periodo de obtención de beneficio si en el transcurso de los cinco años que marca el precepto el conjunto del dividendo repartido alcanza el veinticinco por ciento del total beneficio distribuible. Es decir, si del periodo de cinco años no resulta una voluntad reiterada de la

mayoría de escatimar a la minoría el mínimo del dividendo exigible sobre el beneficio repartible.

3. En nuestro ordenamiento jurídico la aplicación del resultado de cada ejercicio se decide por la junta general de conformidad con el artículo 273.1 de la Ley de Sociedades de Capital; junta general que es la ordinaria del artículo 164 de la propia ley que ha de reunirse dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio. En consecuencia, el ejercicio sobre el que resuelve la junta general ordinaria es siempre y por definición anterior a aquel en que se celebra la junta general ordinaria. Pero no necesariamente el inmediato anterior, a pesar de que así lo parece indicar la dicción del artículo 164 y del propio artículo 384 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

Así lo ha entendido esta Dirección General que en sus Resoluciones de la DGRN de 26 de febrero (2.ª) y 13 de marzo (3.ª) de 2020 ha entendido que: «Ciertamente el precepto se refiere a la distribución de beneficios obtenidos durante el ejercicio anterior (en plena coincidencia con la redacción anterior a la reforma), 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 (art. 253 de la Ley de Sociedades de Capital), como le corresponde al órgano de administración la convocatoria de la junta general para su aprobación (art. 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 (art. 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. La interpretación contraria lleva a la absurda conclusión de que bastaría retrasar la formulación o presentación de las cuentas anuales a la junta general para su aprobación para que el derecho individual de los socios previsto en el artículo no pudiera nacer en ningún caso.»

En definitiva, en relación al acuerdo de la junta sobre la propuesta de aplicación del resultado, todos los ejercicios de la sociedad son anteriores, incluido aquel al que se refiere la propuesta, ya sea el inmediato anterior ya otro ejercicio anterior. Es la junta general en la que se adopta el acuerdo sobre aplicación del resultado la que sirve de referencia para la determinación de cuáles son los ejercicios anteriores, no el ejercicio a que se refiere el acuerdo. Por esta razón el cómputo del plazo de tres años a que se refiere el artículo 348 bis.1 de la Ley de Sociedades de Capital debe comprender tanto el ejercicio a que se refiere el acuerdo de la junta general en base al cual se pretende el ejercicio del derecho de separación como los dos anteriores.

4. Así las cosas el recurso no puede prosperar. Aprobadas por acuerdo de junta general adoptado el día 4 de febrero de 2020 las cuentas y la aplicación del resultado de los ejercicios 2017 y 2018, la socia que en relación a este último ejercita el derecho de separación está en su derecho de hacerlo si durante los ejercicios 2018, 2017 y 2016 ha habido beneficio tal y como es el caso. Reuniéndose así los requisitos exigidos por el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital para el ejercicio del derecho de separación y solicitada del registrador mercantil la designación de experto independiente al amparo del artículo 353 de la misma ley, procede la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución del registrador.

Atendiendo a las circunstancias de hecho y a los Fundamentos de Derecho expuestos, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de La Coruña, don Antonio Gelabert González de fecha 13 de abril de 2020.

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

De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 16 de junio de 2020 (2.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 2 de julio (1.ª)

En el expediente 30/2020 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Summerwind Cargo, S.L.».

HECHOS

I

Don E.C.T.A. presenta un escrito de fecha 15 de enero de 2020, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que solicita, 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 ostenta en la sociedad Summerwind Cargo S.L., como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación al amparo del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

Fundamenta su solicitud en los siguientes extremos de acuerdo a la documentación que se acompaña:

a) Que las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018 fueron aprobadas en junta general celebrada el 16 de diciembre de 2019. Que habiendo producido beneficios la sociedad en los ejercicios 2016, 2017 y 2018 se solicitó la distribución de dividendo acordando la mayoría no destinar el beneficio a pago de dividendo alguno por lo que se hizo reserva del ejercicio del derecho de separación con expresa constancia en el acta de la protesta al efecto formulada.

Acompaña copia del acta notarial autorizada el día 16 de diciembre de 2019 por el notario de Madrid don Antonio Francisco Peralta Esperilla por la que el administrador de la sociedad requiere su presencia en la junta general a celebrar el mismo día previa su convocatoria. De su diligencia de idéntica fecha resulta la presencia de los dos únicos socios de la sociedad estando representado el hoy solicitante que ostenta una participación del 33,33333% del capital social. Tras la aprobación en el primer punto del orden del día de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018, y en relación al segundo relativo a la propuesta de aprobación del resultado, se aprueba el destino del beneficio en su integridad a reservas voluntarias. Del acta resulta que el representante del hoy solicitante vota en contra por las razones que constan en el documento que previamente ha entregado al notario. Del documento incorporado resulta la afirmación de la insuficiencia de los dividendos reconocidos y la reserva del ejercicio del derecho de separación siempre que no se reparta el 100% del beneficio obtenido en el ejercicio 2018.

Justifica su condición de socio aportando copia de la escritura de compraventa de fecha 27 de noviembre de 2017 de las participaciones sociales numeradas del 2001 al 3000, ambos inclusive de las 3000 en que se divide el capital social.

b) Que se ha notificado a la sociedad por burofax el ejercicio del derecho de separación. Acompaña copia.

II

Previo traslado de la solicitud por parte del Registro Mercantil, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que existe un procedimiento pendiente entre la sociedad y el socio sobre el número de participaciones que ostenta en la sociedad, procedimiento que debe resolverse con carácter previo a cualquier otra resolución (acompaña copia del auto de 8 de febrero de 2019 del juzgado de lo mercantil núm. 5 de los de Madrid por el que se rechaza determinada solicitud de medida cautelar). 2.º Que la sociedad contestó a la notificación del socio de ejercicio de derecho de separación con otro burofax, que acompaña, en el que se opone a su ejercicio por lo que quiebra la posibilidad de intervención del registrador al exigirse acuerdo entre las partes, como resulta del artículo 348 bis de la Ley

de Sociedades de Capital, del artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil y de la sentencia del juzgado de lo mercantil núm. 9 de Barcelona de 1 de marzo de 2018 y sentencia del juzgado de lo mercantil, sección segunda, de 18 de mayo de 2017 contra la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de mayo de 2013. 3.º Que el socio ha percibido los dividendos correspondientes en fecha 1 de abril de 2018 (correspondientes a 2017 por importe de 40000 euros) y 2 de febrero de 2018 (a cuenta del dividendo del ejercicio 2018). En consecuencia, es falso que no haya recibido dividendos.

Acompaña, en relación al ejercicio 2018, copia de orden de transferencia por importe de 40000 euros y en cuyo concepto se lee: «A cuenta resultados 2018».

Del auto judicial a que se refiere el párrafo anterior resulta que el petitum de la demanda es que se dicte sentencia por la que se condene a la sociedad a inscribir en el libro-registro de socios 750 participaciones (numeradas del 751 a la 1500, ambas inclusive), adquiridas por contrato de compraventa el día 7 de mayo de 2014.

III

La registradora mercantil de Madrid núm. 17, doña Carmen del Grado Sanz dictó resolución en fecha 26 de febrero de 2020 por la que acordó suspender el procedimiento hasta que finalice el procedimiento judicial en curso a que se refiere el escrito de oposición si bien afirma que se dan los presupuestos del artículo 348 bis para reconocer el derecho de separación por cuanto: El resultado del ejercicio 2014 fueron pérdidas por 1843,20 €. El resultado del ejercicio 2015 fueron beneficios por 5682,76 de los que 1843,20 se destinaron a compensar pérdidas y 3839,56 € a reservas. El resultado del ejercicio 2016 fueron beneficios por 61571,86 € destinados en cuanto a 383,96 a reservas legales y el resto a reservas voluntarias. El ejercicio 2017 tuvo un resultado positivo de 193319,80 € destinados en cuanto a 383,96 a reserva legal y 192935,84 a reservas voluntarias. El ejercicio 2018 finaliza con un beneficio de 444634,27 destinado íntegramente a reservas voluntarias.

IV

Doña B.U.H. en representación de la sociedad, por escrito de fecha 28 de abril de 2020, que tuvo entrada el día 30 de abril de 2020 en el Registro Mercantil de Madrid, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a, resumidamente, los siguientes argumentos: Que aceptando la resolución el primero de los motivos de oposición y suspendiendo la tramitación del procedimiento, el recurso se dirige contra el resto del contenido de la resolución en los siguientes términos: 1.º Del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital resulta de modo inequívoco que procede la designación por el registrador exclusivamente cuando existe desacuerdo entre el socio y la sociedad siempre que haya acuerdo sobre el hecho de la separación. Que existiendo desacuerdo sobre la cuestión corresponde a los tribunales de justicia decidir si existe o no derecho de separación. Que no corresponde al registrador la apreciación de si concurren o no los requisitos del artículo 348 bis. 2.º Que en cualquier caso dichos requisitos no se dan. Que como resulta del propio escrito el socio adquirió la condición de socio por la escritura pública de 27 de noviembre de 2017 por lo que será a partir del ejercicio 2017 que tendría derecho a dividendo. Que como se hizo constar, el señor socio recibió la cantidad de 40000 euros por dividendo de dicho ejercicio y la misma cantidad a cuenta del ejercicio 2018. Que los beneficios después de impuestos del ejercicio 2018 resultan ser 444.634,27 € mientras que los del ejercicio 2017 ascienden a 637.954,07 €, el 25% de dicha cifra es la cantidad de

159.488,51 € de los que corresponderían al señor solicitante por el 25% la cantidad 51.162,83 € cantidad inferior a la recibida.

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 de 21 de febrero y 23 de noviembre de 2001, 4 de julio de 2007 y 18 de diciembre de 2008, así como las sentencias 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, 11 de junio, 2, 4 y 23 de octubre, 6, 14, 22, 23, 26 y 28 de noviembre y 17 y 18 de diciembre de 2018 y 14 y 21 (primera y segunda) de febrero, 7, 26 (primera, segunda y tercera), 28 (primera y segunda), y 29 de marzo, 15 y 22 (primera, segunda y tercera), de abril, 10 (tercera y quinta), y 16 (primera, segunda y tercera), de mayo y 6 (tercera y sexta) y 26 (quinta y sexta), de junio, 12 de septiembre (primera y segunda), 26 de noviembre, 3 de diciembre (segunda), 12 de diciembre (primera) y 23 de diciembre (segunda) de 2019, 3 de enero (primera, segunda y tercera), 14 de enero (primera y segunda), 13 de febrero (segunda y tercera), 26 de febrero (primera, segunda, tercera y cuarta), y 12 de marzo de 2020.

1. Ejercitado el derecho de separación por un socio de una sociedad de responsabilidad limitada al amparo del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital y solicitada la designación de experto independiente, la registradora resuelve suspender el procedimiento por litispendencia civil. La sociedad recurre en los términos que resultan de los hechos.

2. Procede en primer lugar y al amparo de la previsión del artículo 119.3 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas que esta Dirección General haga un pronunciamiento sobre la suspensión acordada por la registradora.

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). Esta doctrina ha sido reiterada en sede de recursos contra la resolución por la que se estima o desestima la solicitud de designación de experto independiente al amparo de la regulación del artículo 353 del Reglamento del Registro Mercantil (Resoluciones de 16 y 28 de noviembre de 2017, 26 de enero de 2018 y de 14 de febrero, 29 de marzo y 15 de abril de 2019).

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.».

Por su parte así lo afirma 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).

Lo que ocurre en el expediente que da lugar a la presente es que no procede la suspensión porque aun existiendo un procedimiento judicial en curso y afectar este a la titularidad de algunas de las participaciones del socio que insta el expediente, lo cierto es que, a diferencia de lo que ocurre en los supuestos del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital en que es exigible un porcentaje mínimo de capital, basta para instar el expediente del artículo 353 de la misma ley la acreditación de la cualidad de socio. En el supuesto de hecho, el pleito civil tiene por objeto determinadas participaciones de quien insta el procedimiento pero no todas (participaciones 751 a la 1500, ambas inclusive), de modo que siendo el objeto de la presente la determinación de si procede o no la designación de experto y constando acreditada la condición de socio de quien lo promueve, resulta irrelevante que exista pleito sobre determinadas participaciones pues el resultado no afectará al hecho de que ostenta aquella condición por un título indiscutido. Cuestión distinta será la ejecución, si procede, de las consecuencias del ejercicio del derecho de separación (arts. 358 y 359 de la Ley de Sociedades de Capital), pero esta es una cuestión que cae fuera del objeto de la presente.

Así lo entendió la Resolución de la DGRN de 16 de noviembre de 2017 en un supuesto que guarda un gran paralelismo con el presente: «Del escrito de solicitud no resulta, como pretende la sociedad, un ejercicio parcial del derecho de separación pues con toda claridad resulta la voluntad del socio de separarse en su integridad.

Establecido lo anterior y siendo indiscutido que el solicitante es titular, en virtud de un título distinto, de otras acciones de la sociedad y que ha ejercido el derecho de separación, el objeto de la presente se limita a poner de manifiesto la procedencia de la designación de un experto a fin de obtener su valor razonable. Será en un momento posterior y una vez determinado aquél cuando cobre importancia si el crédito de separación debe hacerse efectivo sobre un número de acciones u otro o si procederá la satisfacción del valor razonable de las acciones indiscutidas y la consignación del resto en espera de las resultas del procedimiento (art. 356 de la Ley de Sociedades de Capital).

No puede, en consecuencia, afirmarse que exista un ejercicio parcial del derecho de separación, (nada hay en el expediente que sostenga dicha afirmación), sino que ejercitado, existe una indeterminación sobre el número de acciones que ostenta el solicitante; indeterminación que afectará al reembolso

de las acciones, pero no al propio ejercicio del derecho ni a la designación de experto para establecer el valor razonable.»

Procede en consecuencia revocar la resolución en este sentido.

3. Establecido lo anterior, vuelve a plantearse ante esta Dirección General la cuestión de la competencia del registrador para apreciar la concurrencia de los requisitos legales para el ejercicio del derecho de separación cuando se solicita la designación de experto independiente.

En concreto la sociedad afirma que habiendo expresado 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» (art. 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 (art. 128 de la Ley de Sociedades de Capital), ya de la designación de un experto para la determinación del valor razonable de las acciones o participaciones de un socio separado o excluido (art. 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 (arts. 169 y 171), ya para reducir el capital social (arts. 139 y 141 de la Ley). En estos y otros supuestos la Ley atribuye competencia al registrador para dictar una resolución en la que, estimando la solicitud hecha por quien corresponda y apreciando la concurrencia de los requisitos legales, designar a un experto independiente o adoptar otras medidas sin perjuicio del eventual recurso de alzada ante esta Dirección General de los Registros y del Notariado o de la oportuna impugnación ante los Tribunales de Justicia, al carecer las resoluciones administrativas del efecto de cosa juzgada (art. 114 de la Ley 39/2015, de 1 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* art. 353 de la Ley de Sociedades de Capital), por el procedimiento establecido (art. 363 del Reglamento del Registro Mercantil), y sin perjuicio del régimen de recursos previsto en el ordenamiento. En ningún caso

el registrador ha resuelto una contienda entre particulares pues se ha limitado, como autoridad, a verificar si concurren o no los requisitos establecidos legalmente para la designación de persona que deba llevar a cabo la previsión legal de valoración de las participaciones y sin perjuicio del ejercicio de las acciones que los interesados entiendan procedentes en defensa de su derecho (*vide* resoluciones de 20 de enero de 2011 y 4 de febrero de 2013).

Esta Dirección General de los Registros y del Notariado no desconoce la existencia de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Murcia de fecha 18 de mayo de 2017 que afirma lo contrario (como la del Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Barcelona de fecha 1 de marzo de 2018), pero existen pronunciamientos adversos como la sentencia de 26 de septiembre de 2017 del Juzgado de lo Mercantil núm. 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…»

En términos similares la Sentencia 1745/2019 de 7 octubre de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.ª): «La función del registrador no puede alcanzar al fondo, esto es, a si se ha ejercitado o no correctamente por los socios el derecho de separación del artículo 348-bis LSC (RCL 2010, 1792, 2400) sino que se ha de limitar a si concurren los presupuestos para que proceda el nombramiento de experto independiente, lo que no es exactamente lo mismo. Es cierto que constatar si concurren los presupuestos para que pro-

ceda el nombramiento de experto puede exigir que el registrador analice si existía realmente el derecho de separación invocado y si aparece formalmente ejercitado de forma adecuada, si bien se trata de un examen puramente formal, tal y como afirma en su recurso el Abogado del Estado. Así creemos que debe deducirse del art. 354.2 RRM (RCL 1996, 2112) cuando dispone que la sociedad puede oponerse en el expediente alegando que no procede el nombramiento o si niega la legitimación del solicitante. 9. Esa oposición de la sociedad no puede ir más allá de los aspectos puramente formales que pueden justificar el nombramiento, sin extenderse a las cuestiones sustantivas, esto es, a negar que proceda el derecho de separación por razones de fondo…10. En suma, el objeto de este proceso se encuentra exclusivamente en determinar si el Registro Mercantil actuó correctamente cuando resolvió el expediente registral y nombró experto independiente, no en determinar si los socios ejercitaron correctamente el derecho de separación. Y lo que debemos determinar es si la oposición de la sociedad debe determinar que el Registro se abstenga de resolver el expediente, como parece haber entendido la resolución recurrida. En nuestra opinión, tajantemente no. Si a algo se aproxima la naturaleza de estos expedientes registrales es precisamente a los negocios de jurisdicción voluntaria en los que la oposición nunca (desde la entrada en vigor de la Ley 15/2015, de 2 de julio (RCL 2015, 1016), de Jurisdicción Voluntaria) determina la finalización del procedimiento (art. 17.3 LJV (RCL 2015, 1016, 1354)). Por tanto, el Registrador debía resolver acerca de si procedía nombrar experto, no sobre si existía o no derecho de separación bien ejercitado, y también a eso debemos limitar nosotros el enjuiciamiento.»

Procede la desestimación de este motivo de recurso.

4. El mismo destino desestimatorio merece el tercer motivo de recurso. Afirma la sociedad que habiéndose incorporado el socio en 2017 a la sociedad sólo desde ese ejercicio tiene derecho a dividendo. Esta afirmación, obvia por otro lado, se aprovecha para excluir, a los efectos del cómputo de plazos a que se refiere el artículo 348 bis, el ejercicio 2016 y anteriores.

Para determinar cómo se ha de realizar el cómputo de los tres ejercicios anteriores a que se refiere el artículo 348 bis.1 de la Ley de Sociedades de Capital hay que analizar si en dicho cómputo se encuentra comprendido el ejercicio cuya aprobación de propuesta de resultado fundamenta el ejercicio del derecho de separación.

El primer apartado del precepto en cuestión dice así: «Salvo disposición contraria de los estatutos, transcurrido el quinto ejercicio contado desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad, el socio que hubiera hecho constar en el acta su protesta por la insuficiencia de los dividendos reconocidos tendrá derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, el veinticinco por ciento de los beneficios obtenidos durante el ejercicio anterior que sean legalmente distribuibles siempre que se hayan obtenido beneficios durante los tres ejercicios anteriores. Sin embargo, aun cuando se produzca la ante-

rior circunstancia, el derecho de separación no surgirá si el total de los dividendos distribuidos durante los últimos cinco años equivale, por lo menos, al veinticinco por ciento de los beneficios legalmente distribuibles registrados en dicho periodo.»

Si se compara el texto vigente al tiempo de la adopción del acuerdo con el texto del artículo 348 bis anterior a la reforma operada por la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, resulta con claridad la voluntad del legislador de introducir un elemento temporal a fin de evitar que la decisión sobre el beneficio de un único ejercicio permita el ejercicio del derecho de separación.

El texto original del artículo 348 bis de acuerdo a la modificación operada en la Ley de Sociedades de Capital por la Ley 25/2011, de 1 de agosto decía así: «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.»

De la simple comparación entre ambos textos resulta que el legislador ha introducido dos periodos que inhiben el nacimiento del derecho de separación: el primero, se refiere a los tres ejercicios anteriores para el caso de que durante cada uno de ellos haya existido beneficio. Con esta medida el legislador rechaza la existencia de derecho de separación por la mera existencia de beneficio si este no se enmarca en un periodo de favorable marcha económica de la sociedad; es decir, que la decisión de la junta general acordando no repartir un mínimo de beneficio sea objetivamente contraria para el socio minoritario. El segundo periodo es un mecanismo que a su vez modera esta primera medida correctora pues no existirá derecho de separación a pesar de la decisión de la junta general de no repartir un mínimo de dividendo y a pesar de que la decisión se enmarca en un periodo de obtención de beneficio si en el transcurso de los cinco años que marca el precepto el conjunto del dividendo repartido alcanza el veinticinco por ciento del total beneficio distribuible. Es decir, si del periodo de cinco años no resulta una voluntad reiterada de la mayoría de escatimar a la minoría el mínimo del dividendo exigible sobre el total beneficio repartible.

Aplicadas las consideraciones anteriores al supuesto de hecho y tal y como resulta del contenido del Registro Mercantil de Madrid, se dan el conjunto de requisitos precisos para reconocer la existencia del derecho de separación y para que se proceda a la designación de experto independiente pues el ejercicio 2018, a que se refiere el ejercicio del derecho de separación, hubo beneficio pese a lo que se acordó por la junta general el destino en su integridad a reservas voluntarias. Ninguno de los argumentos de contrario puede enervar dicha afirmación.

En primer lugar, porque siendo el beneficio de 444.634,27 euros no se destinó cantidad alguna al pago de dividendo sino a nutrir reservas voluntarias. La sociedad alega que realizó un pago a cuenta de 40.000 euros al socio solicitante, pero siendo el 25% del beneficio del ejercicio 2018 la cantidad de 111.158 euros no consta acreditado en el expediente que una suma, al menos igual a esta, haya sido destinada al pago de dividendo anticipado. Lo anterior, dejando de lado la evidente contradicción entre la afirmación de la sociedad y el contenido de las cuentas anuales depositadas en el Registro Mercantil, contradicción que no es objeto de este expediente que debe resolverse a la luz de la documentación que obra en el mismo y de la que resulta, sin asomo de duda, que la sociedad destinó el total beneficio obtenido durante el ejercicio 2018 a reservas voluntarias.

Tampoco excluye el ejercicio del derecho de separación el hecho de que el socio instante haya recibido igualmente dividendo anticipado en el ejercicio 2017 (con la misma reserva anterior). La sociedad recurrente confunde los términos en que se expresa el artículo 348 bis pues lo que exige este precepto para excluir el derecho de separación es que no haya existido beneficio durante los tres ejercicios anteriores o, incluso si así ha sido, que no se haya repartido una cantidad equivalente al 25% del total beneficio de los últimos cinco ejercicios.

De los datos obrantes en el Registro Mercantil resulta que, durante los tres últimos ejercicios, 2016, 2017 y 2018 hubo beneficios lo que excluye la primera causa de excepción al ejercicio del derecho de separación.

Consta igualmente que los beneficios repartibles de los últimos cinco ejercicios 2014, 2015, 2016, 2017 y 2018 ascienden a la cantidad de 702.596 euros sin que conste acreditado en el expediente que una cantidad al menos equivalente al 25% de la misma haya sido distribuida como dividendo.

La sociedad aduce que el socio ha recibido a cuenta de los ejercicios 2017 y 2018 una cantidad superior al 25% del dividendo que le correspondería pero es patente que dicha circunstancia no empece el ejercicio de su derecho pues ni ello contradice el hecho de que ha existido beneficio durante los tres ejercicios anteriores al acuerdo de la junta general referido ni consta acreditado en el expediente que concurra la causa de exclusión referida a los cinco ejercicios anteriores, como no consta acreditado que se hayan repartido dividendos durante el ejercicio anterior iguales o superiores al mínimo del 25% que fija el artículo 348 bis.

Atendiendo a las circunstancias de hecho y a los Fundamentos de Derecho expuestos, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Madrid núm. 17, doña ….. de fecha 26 de febrero de 2020 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 pone fin a la vía administrativa.

De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 2 de julio de 2020 (1.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 9 de julio de 2020 (1.ª)

En el expediente 37/2020 sobre nombramiento de experto a instancia de la sociedad «Diamante 1955, S.L.»

HECHOS

I

Don C.F.D.Q., actuando como administrador único, presenta un escrito de fecha 13 de febrero de 2020, dirigido al Registro Mercantil de Navarra, en el que solicita, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital, el nombramiento de un experto independiente para que proceda a la determinación del valor razonable de las participaciones de la sociedad Diamante 1955 S.L., como consecuencia del ejercicio del derecho de separación por una socia al amparo del artículo 346 de la Ley de Sociedades de Capital

Fundamenta su solicitud en los siguientes extremos de acuerdo a la documentación que se acompaña:

a) Que la junta general de socios reunida en fecha 25 de octubre de 2019 acordó por mayoría y con el voto en contra de la socia doña M.N.Q.A., la modificación del artículo 8 de los estatutos sociales relativo a la transmisión mortis causa del régimen de transmisión mortis causa de las participaciones sociales.

b) Que en fecha 28 de octubre remitió burofax a la socia para informarle de su derecho a separarse de la sociedad. En fecha 25 de noviembre la socia doña M.N.Q.A. comunicó a la sociedad el ejercicio de su derecho de separación.

c) Que no existe acuerdo entre las partes sobre la valoración de las participaciones sociales.

II

No resulta contestación de la socia al traslado de la solicitud realizado por parte del Registro Mercantil.

III

El registrador mercantil de Navarra núm. 2, don Fernando José Carabaña Aguado dictó resolución en fecha 9 de marzo de 2020 por la que acordó inadmitir la solicitud y resolver la improcedencia del nombramiento del experto solicitado para la determinación del valor razonable de las participaciones de acuerdo con el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital. Fundamenta su resolución en los siguiente: 1.º Porque resultando que la sociedad recibió la notificación de ejercicio del derecho de separación el dia 25 de noviembre de 2019, el ejercicio es extemporáneo conforme al artículo 348 de la Ley de Sociedades de Capital que establece el plazo de un mes habida cuenta que todos los socios asistieron a la junta general. 2.º Que la escritura pública de fecha 5 de diciembre de 2019 por la que se elevan a público los acuerdos adoptados en la junta general de 25 de octubre ha sido calificada con defectos.

IV

Don C.F.D.Q., como administrador único, por escrito de fecha 15 de junio de 2020, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a, resumidamente, los siguientes argumentos tras llevar a cabo una extensa relación de hechos: 1.º Que la declaración de la existencia o inexistencia del derecho de separación solo lo puede llevar a cabo la autoridad judicial como resulta de la sentencia de 7 de octubre de 2019 de la Audiencia Provincial de Barcelona y de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de enero y 7 de febrero de 2018 y 24 de octubre de 2019 y la sentencia del juzgado de lo mercantil núm. 8 de Barcelona de 7 de marzo de 2019. Que la nota de calificación de la escritura de elevación a público de los acuerdos adoptados en la junta general de 25 de octubre no pueden formar parte de este expediente siendo además no firme al ser susceptible de recurso. 2.º Que la sentencia del juzgado de lo mercantil núm. 2 de Murcia de fecha 18 de mayo de 2017 y la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 28 de marzo de 2018 parten del hecho de que haya discrepancia sobre la concurrencia del derecho de separación lo que no ocurre en el supuesto de hecho por acuerdo entre sociedad y socia que se separa recayendo la discrepancia únicamente en la valoración que hayan de tener las participaciones sociales. Que el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil establece claramente que sino hay oposición el registrador debe proceder a la designación de experto independiente. Que no habiendo controversia el registrador debía proceder al nombramiento como resulta de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 28), de 30 de noviembre de 2018 o de la mencionada sentencia de la Audiencia de Barcelona de 7 de octubre de 2019. Que de no procederse a la designación se llegaría al absurdo de tener que acudir a un procedimiento judicial manteniendo ambas partes la misma posición procesal. 3.º Que se reúnen todos los requisitos para el ejercicio del derecho de separación. Que en cuanto al plazo de ejercicio se decidió remitir un burofax a la socia que había votado en contra sin que pueda confundirse el hecho de que estuviera presente en la reunión en que se adoptó el acuerdo con el plazo para el ejercicio del derecho de separación. 4.º Que la junta general de 25 de octubre de 2019 se celebró válidamente por los argumentos que el escrito desarrolla. 5.º Que el derecho de separación cabe ejercitarlo

por acuerdo de las partes aunque no conste en los supuestos legal o estatutariamente previstos como reconoce la sentencia de la Audiencia Provincial de Mallorca de 30 de julio de 2008.

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 de 21 de febrero y 23 de noviembre de 2001, 4 de julio de 2007 y 18 de diciembre de 2008, así como las sentencias 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, 11 de junio, 2, 4 y 23 de octubre, 6, 14, 22, 23, 26 y 28 de noviembre y 17 y 18 de diciembre de 2018 y 14 y 21 (primera y segunda) de febrero, 7, 26 (primera, segunda y tercera), 28 (primera y segunda), y 29 de marzo, 15 y 22 (primera, segunda y tercera), de abril, 10 (tercera y quinta), y 16 (primera, segunda y tercera), de mayo y 6 (tercera y sexta) y 26 (quinta y sexta), de junio, 12 de septiembre (primera y segunda), 26 de noviembre, 3 de diciembre (segunda), 12 de diciembre (primera) y 23 de diciembre (segunda) de 2019, 3 de enero (primera, segunda y tercera), 14 de enero (primera y segunda), 13 de febrero (segunda y tercera), 26 de febrero (primera, segunda, tercera y cuarta), y 12 de marzo de 2020.

1. Como consecuencia del ejercicio del derecho de separación llevado a cabo por una socia de una sociedad de responsabilidad limitada al amparo de la previsión del artículo 346.2 de la Ley de Sociedades de Capital, la administración solicita del registrador mercantil que proceda a la designación de experto independiente de conformidad con el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital. El registrador desestima la solicitud y la sociedad recurre en los términos que resultan de los hechos.

El expediente a que se refiere la presente guarda relación con el expediente que ha dado lugar a la reciente resolución de 4 de junio de 2020 (1.ª), de esta Dirección General instado en aquella ocasión por la socia que, habiendo ejercido el derecho de separación, solicitaba del registrador mercantil la designación de auditor al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de

Capital. Esta Dirección hace esta advertencia porque, dada la situación de hecho, la solución debe ser la misma en ambos supuestos.

2. Sin perjuicio de lo anterior y dados los términos en que se pronuncia el escrito de recurso, esta Dirección General considera preciso recordar su reiterada doctrina en materia de competencia del registrador para resolver en caso de oposición al ejercicio del derecho de separación así como en los supuestos en que no existe oposición de la persona frente a la que se realiza la solicitud.

Comenzando por este último supuesto, sostiene el escrito de recurso que no existiendo oposición de la otra parte interesada el registrador está obligado a designar experto independiente. Lo cierto es que no es así en absoluto. Bien al contrario, como ha mantenido reiteradamente esta Dirección General (resoluciones de 13 de enero de 2011 y 10 de julio de 2013, entre otras), en sede de recursos sobre designación de auditor, la actuación del registrador viene amparada por la atribución competencial que lleva a cabo el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital y que desarrolla el Reglamento del Registro Mercantil para resolver, en el ámbito del procedimiento especial por razón de la materia jurídico privada que el mismo regula, la pretensión del socio minoritario sin perjuicio de la revisión jurisdiccional del acto administrativo que del procedimiento resulte. Dicha actuación está presidida por el principio de legalidad de modo que sólo si el solicitante reúne los requisitos que el artículo 265.2 exige procede, aún en ausencia de oposición por parte de la sociedad, la designación de un auditor.

Es doctrina reiterada de esta Dirección General de los Registros y del Notariado que la medida protectora prevista en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital obedece a la finalidad de amparar la legítima pretensión de un socio de que las cuentas anuales de la sociedad no obligada sean objeto de verificación contable. Es preciso que el socio instante reúna los requisitos de capital y de temporalidad previstos en dicho artículo, pero también lo es que ostente un interés protegible; es decir, una situación tal que permita entender que sin la atención de su petición su derecho a obtener el nombramiento de auditor para verificar las cuentas quedaría indebidamente frustrado. El registrador en consecuencia sólo debe proceder a la designación de auditor cuando se den las circunstancias legales establecidas al efecto, exista o no, oposición de la sociedad. Así se han pronunciado las mas recientes Resoluciones de la Dirección General de 18 de mayo de 2015 y 19 de junio de 2017.

Los mismos razonamientos son de aplicación cuando la solicitud se lleva a cabo al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y 363 del Reglamento del Registro Mercantil pues el procedimiento y la tipicidad legal así lo exigen tal y como ha reconocido expresamente la sentencia de la Audiencia de Murcia (sección 4.ª), de 28 de marzo de 2018 cuando afirma: «No asumimos el parecer de la sentencia 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 porqué no puede nombrarlo cuando considera que si concurren, aunque se nieguen por la sociedad.»

En definitiva cuando no existe oposición de la contraparte no por ello debe el registrador dejar de analizar, en ejercicio de su competencia, si concurren los requisitos legales para que se proceda a la designación del experto independiente pues tal circunstancia sólo es posible cuando así ocurre. De otro modo la resolución del expediente no dependería de la concurrencia de los requisitos legales previstos en la norma si no de la actitud de las partes interesadas y de su participación en el procedimiento.

3. Pero es que aunque haya oposición es indudable que el registrador debe analizar si concurren o no los requisitos legales para proceder a la designación de experto independiente lo que exige el análisis de la causa en que se fundamenta la solicitud. Viene esto a colación por la afirmación del escrito de recurso que entiende que la declaración de si existe o no derecho de separación corresponde al órgano jurisdiccional correspondiente. Siendo esto cierto, pues corresponde a jueces y tribunales la competencia sobre la existencia o no de derechos, no lo es menos que dentro del expediente de declaración de experto independiente, y a los solos efectos de resolver en el ámbito administrativo, el órgano encargado de llevar a cabo la designación tiene la competencia necesaria para apreciar si concurre o no el conjunto de requisitos de los que deriva el derecho de separación y la solicitud de la que el mismo deriva.

El argumento de la sociedad recurrente 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» (art. 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 (o de la sociedad), sin perjuicio de la revisión jurisdiccional del acto administrativo que del procedimiento resulte.

En suma, el registrador tiene atribuida la competencia legal para determinar si concurren los requisitos legalmente exigibles para ejercerla, ya se trate de la designación de un experto para la valoración del crédito de liquidación de un usufructo (art. 128 de la Ley de Sociedades de Capital), ya de la designación de un experto para la determinación del valor razonable de las acciones o participaciones de un socio separado o excluido (art. 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 (arts. 169 y 171), ya para reducir el capital social (arts. 139 y 141 de la Ley). En estos y otros supuestos la Ley atribuye competencia al registrador para dictar una resolución en la que, estimando la solicitud hecha por quien corresponda y apreciando la concurrencia de los requisitos legales, designar a un experto independiente o adoptar otras medidas sin perjuicio del eventual recurso de alzada ante esta Dirección General de los Registros y del Notariado o de la oportuna impugnación ante los Tribunales de Justicia, al carecer las resoluciones administrativas del efecto de cosa juzgada (art. 114 de la Ley 39/2015, de 1 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* art. 353 de la Ley de Sociedades de Capital), por el procedimiento establecido (art. 363 del Reglamento del Registro Mercantil), y sin perjuicio del régimen de recursos previsto en el ordenamiento. En ningún caso el registrador ha resuelto una contienda entre particulares pues se ha limitado, como autoridad, a verificar si concurren o no los requisitos establecidos legalmente para la designación de persona que deba llevar a cabo la previsión legal de valoración de las participaciones y sin perjuicio del ejercicio de las acciones que los interesados entiendan procedentes en defensa de su derecho (*vide* resoluciones de 20 de enero de 2011 y 4 de febrero de 2013).

Esta Dirección General de los Registros y del Notariado no desconoce la existencia de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Murcia de fecha 18 de mayo de 2017 que afirma lo contrario (como la del Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Barcelona de fecha 1 de marzo de 2018), pero existen pronunciamientos adversos como la sentencia de 26 de septiembre de 2017 del Juzgado de lo Mercantil núm. 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…»

En términos similares la Sentencia 1745/2019 de 7 octubre de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.ª): «La función del registrador no puede alcanzar al fondo, esto es, a si se ha ejercitado o no correctamente por los socios el derecho de separación del art. 348-bis LSC (RCL 2010, 1792, 2400) sino que se ha de limitar a si concurren los presupuestos para que proceda el nombramiento de experto independiente, lo que no es exactamente lo mismo. Es cierto que constatar si concurren los presupuestos para que proceda el nombramiento de experto puede exigir que el registrador analice si existía realmente el derecho de separación invocado y si aparece formalmente ejercitado de forma adecuada, si bien se trata de un examen puramente formal, tal y como afirma en su recurso el Abogado del Estado. Así creemos que debe deducirse del art. 354.2 RRM (RCL 1996, 2112) cuando dispone que la sociedad puede oponerse en el expediente alegando que no procede el nombramiento o si niega la legitimación del solicitante. 9. Esa oposición de la sociedad no puede ir más allá de los aspectos puramente formales que pueden justificar el nombramiento, sin extenderse a las cuestiones sustantivas, esto es, a negar que proceda el derecho de separación por razones de fondo…10. En suma, el objeto de este proceso se encuentra exclusivamente en determinar si el Registro Mercantil actuó correctamente cuando resolvió el expediente registral y nombró experto independiente, no en determinar si los socios ejercitaron correctamente el derecho de separación. Y lo que debemos determinar es si la oposición de la sociedad debe determinar que el Registro se abstenga de resolver el expediente, como parece haber entendido la resolución recurrida. En nuestra opinión, tajantemente no. Si a algo se aproxima la naturaleza de estos expedientes registrales es precisamente a los negocios de jurisdicción voluntaria en los que la oposición nunca (desde la entrada en vigor de la Ley 15/2015, de 2 de julio (RCL 2015, 1016), de Jurisdicción Voluntaria) determina la finalización del procedimiento (art. 17.3 LJV (RCL 2015, 1016, 1354)). Por tanto, el Registrador debía resolver acerca de si procedía nombrar experto, no sobre si existía o no derecho de separación bien ejercitado, y también a eso debemos limitar nosotros el enjuiciamiento.»

En definitiva la propia jurisprudencia traída a colación por la sociedad recurrente, que hace una lectura y transcripción de la misma ciertamente interesada, pone de manifiesto la competencia del registrador para pronunciarse sobre la concurrencia de los requisitos legales que determinan la existencia del derecho de separación.

4. Es también importante que esta Dirección se pronuncie sobre la afirmación del escrito de recurso relativa al hecho de que estando de acuerdo la sociedad y la socia sobre la concurrencia del derecho de separación, aún si no concurren los requisitos legales o estatutarios, el registrador debe proceder a la designación de experto.

Lo cierto es que tampoco en este aspecto la Dirección puede estimar la pretensión de la sociedad. El procedimiento de designación de experto independiente regulado en el Reglamento del Registro Mercantil solo puede ponerse en funcionamiento en los casos previstos en la ley. Como puso de relieve la Resolución de la DGRN de 20 de enero de 2011: «Esta Dirección General ha resuelto en reiteradas ocasiones que el nombramiento de auditor para determinar el valor razonable de las acciones o participaciones sociales a que se refiere el artículo 363.1 del Reglamento del Registro Mercantil está indisolublemente unido a «los casos establecidos en la Ley» para el ejercicio de este derecho. En otras palabras, que no es un derecho que pueda ejercitarse sin más por cualquier socio con el fin de conocer el valor de sus acciones o participaciones y, por tanto, que necesariamente tiene que concurrir la circunstancia de tratarse de un supuesto de los tasados por la Ley.»

5. Establecido lo anterior y por lo que respecta al fondo del asunto dos son las cuestiones que procede resolver. La primera hace referencia al plazo de ejercicio del derecho y la segunda al cumplimiento de los requisitos legales que determinan la existencia del derecho de separación.

Procede en relación a ambos que esta Dirección General responda en los mismos términos en que lo hizo en la resolución de 4 de junio de 2020 (1.ª), por referirse a idénticas circunstancias de hecho:

En relación con el plazo para el ejercicio del derecho de separación, la sociedad recurrente alega que al efecto de lo previsto en el artículo 348 de la Ley de Sociedades de Capital notificó a la socia mediante burofax, que acompaña, de fecha 28 de octubre de 2019 dándole a conocer que disponía del plazo de un mes para el ejercicio de su derecho por lo que habiendo notificado a la sociedad por medio de burofax de fecha 27 de noviembre el ejercicio del derecho está en plazo.

El artículo 348 de la Ley de Sociedades de Capital dispone lo siguiente: «1. Los acuerdos que den lugar al derecho de separación se publicarán en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil». En las sociedades de responsabilidad limitada y en las anónimas cuando todas las acciones sean nominativas, los administradores podrán sustituir la publicación por una comunicación escrita a cada uno de los socios que no hayan votado a favor del acuerdo. 2. El derecho de separación habrá de ejercitarse por escrito en el plazo de un mes a contar desde la publicación del acuerdo o desde la recepción de la comunicación.»

Ciertamente, la previsión del artículo 348 está pensando en los socios ausentes de la junta que ha adoptado el acuerdo que origina el derecho de separación por lo que cuando los socios han estado presentes en la junta, el plazo debe computarse desde su celebración. Pero el ejercicio del derecho de separación frente a la sociedad no puede quedar perjudicado si la propia entidad notifica el acuerdo a la socia asistente y le advierte de que el plazo se cuenta desde dicha notificación, como ha ocurrido en el supuesto de hecho.

Por lo que se refiere a la validez de la convocatoria, el registrador hace constar en su resolución que los acuerdos adoptados en la junta general de 25

de octubre de 2019 han sido elevados a escritura pública la cual ha sido presentada para su inscripción en el Registro Mercantil el dia 15 de enero de 2020 y calificada con defectos por vicio de convocatoria.

En consecuencia no procede que ahora, en el ámbito de otro expediente registral que tiene por exclusivo objeto determinar si procede o no la designación de experto independiente, se haga un pronunciamiento al respecto hasta que la situación derivada de la anterior presentación adquiera firmeza.

Tiene declarado este Centro Directivo, que ante una situación de indeterminación sobre el estado del Registro cuando se solicita una designación de experto, 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 experto.

Si la decisión del registrador Mercantil sobre la validez de la convocatoria de la junta se resuelve en la posterior inscripción del título 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 experto.

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 experto previsto en el artículo 353 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).

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

1.º Se deja sin efecto la resolución del registrador mercantil de Navarra núm. 2 don Fernando Carabaña Aguado de fecha 9 de marzo de 2020.

2.º Se retrotrae el expediente a la fase de instrucción, en concreto al momento anterior a la resolución que se deja sin efecto, con el fin de que el registrador mercantil, en atención al estado del Registro, resuelva lo que proceda de conformidad con la doctrina expuesta mas arriba.

3.º Devolver el expediente al registrador mercantil a fin de que se lleven a cabo las anteriores diligencias.

Atendiendo a las circunstancias de hecho y a los Fundamentos de Derecho expuestos, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Navarra núm. 2, don Fernando José

Carabaña Aguado de fecha 9 de marzo de 2020 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 pone fin a la vía administrativa.

De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 9 de julio de 2020 (1.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 9 de julio de 2020 (2.ª)

En el expediente 33/2020 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de la sociedad «Lidax Ingeniería, S.L.»

HECHOS

I

Don C.L.H. presenta un escrito de fecha 24 de enero de 2020, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que solicita, 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 de la sociedad Lidax Ingeniería S.L., como consecuencia del ejercicio del derecho de adquisición preferente ejercitado al amparo del artículo 7 de los estatutos sociales y del artículo 110 de la Ley de Sociedades de Capital.

Fundamenta su solicitud en los siguientes extremos de acuerdo a la documentación que se acompaña:

a) Que como consecuencia del fallecimiento del socio don F.J.S.T. ha ejercitado frente a los legatarios, el derecho de adquisición preferente previsto para el caso de transmisión mortis causa.

Que el fallecimiento del socio don F.J.S.T. ocurrió el día 5 de mayo de 2017 siendo titular de las participaciones 32 a 60 del total de 60 en que se divide el capital social.

Que el día 4 de noviembre de 2019 los legatarios, señores don A.S.T., don P.F.S.T., doña E.P.S.T. y doña M.N.S.T. comunicaron a la sociedad la partición verificada y la adjudicación de sus participaciones.

b) Que ha notificado a los legatarios el ejercicio de su derecho de adquisición preferente mediante burofax remitido el día 20 de diciembre de 2019 dentro del plazo de 3 meses previsto en el artículo 7 de los estatutos sociales y 110 de la Ley de Sociedades de Capital.

c) Que los legatarios contestaron negativamente a su burofax en fecha 30 de diciembre de 2019.

Tras una diligencia de mejor proveer llevada a cabo por el registrador, se aporta documentación complementaria de la que resulta:

1.º Que la partición causada por el fallecimiento de don F.J.S.T. se llevó a cabo por medio de escritura pública autorizada por el notario de Madrid don Rodrigo Tena Arregui en fecha 26 de junio de 2019. Del instrumento público resulta que el causante había ordenado testamento en el que, entre otras disposiciones irrelevantes para la presente, lega las participaciones sociales de las que era titular en la sociedad Lidax Ingeniería S.L. a sus hermanos (don A.S.T., don P.F.S.T., doña E.P.S.T. y doña M.N.S.T.). A continuación, designa heredera única y universal a su esposa sustituida por partes iguales por sus cuatro hermanos y estos a su vez por sus respectivas estirpes de descendientes. En el título particional los llamados al legado junto a la designada heredera, llevan a cabo las operaciones particionales mediante la entrega por aquella de las participaciones legadas. Resulta que las participaciones se adjudican a razón de 7 participaciones sociales a cada uno de los cuatro legatarios y una cuarta parte indivisa a cada uno de ellos de la participación número 60.

2.º Que por medio de escrito de fecha 31 de octubre de 2019 los reseñados legatarios notificaron a la sociedad y al solicitante el otorgamiento de la escritura pública y la adjudicación de las participaciones 32 a 60 con solicitud de determinada información.

3.º Que el hoy solicitante notificó a los legatarios el ejercicio de su derecho de adquisición preferente mediante escrito de fecha 18 de diciembre de 2019 con propuesta de valoración y pago al contado. Consta como fecha de entrega del burofax la de 23 de diciembre de 2019.

4.º Consta que los señores adjudicatarios del legado remiten escrito de fecha 27 de diciembre de 2019 dirigido al solicitante por el que muestran su oposición al ejercicio del derecho de adquisición preferente, así como su disconformidad con la valoración propuesta.

II

Previo traslado de la solicitud y documentación complementaria por parte del Registro Mercantil, los señores don A.S.T., don P.F.S.T., doña E.P.S.T. y doña M.N.S.T. se opusieron a la pretensión del socio alegando: 1.º Que el socio y administrador de la sociedad es conocedor de una valoración previa que se había hecho de las participaciones respecto de la que no se ha pronunciado. 2.º Que ha transcurrido el plazo legal para el ejercicio de su derecho pues teniendo conocimiento de su condición de legatarios desde junio de 2017 han transcurrido los tres meses de plazo para su ejercicio. 3.º Que en fecha 21 de junio de 2018 interpusieron demanda de impugnación de acuerdos sociales adoptados en la junta general de fecha 22 de junio de 2017 cuando ya tenían la consideración de legatarios. En dicha demanda la parte demandada, la sociedad, se allanó a su pretensión con lo que reconoció su condición de legatarios y socios.

Acompañan a su escrito carta remitida al solicitante y fechada el día 20 de junio de 2017 de la que resulta que ponen en su conocimiento su condición de legatarios de su falle-

cido hermano, así como llevan a cabo otro tipo de pronunciamientos. Consta como fecha de entrega el día 21 de junio de 2017. También acompañan otra carta de la misma fecha por la que se solicita información para la junta a celebrar el día 29 de junio de 2018, copia de una demanda y copia del escrito de allanamiento.

III

El registrador mercantil de Madrid núm. 16, don Ignacio Palacios Gil de Antuñanos dictó resolución en fecha 6 de marzo de 2020 por la que acordó resolver la improcedencia de la solicitud de nombramiento del experto solicitado para la determinación del valor razonable de las participaciones de acuerdo con el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital. El registrador fundamenta su decisión en que del contenido de los estatutos sociales resulta que a la fecha del fallecimiento del socio no constaba en el artículo 7 de los mismos el derecho de adquisición preferente a favor de los socios en caso de fallecimiento que fue introducido por acuerdo de la junta general adoptado el día 22 de junio de 2017. El registrador añade en relación al escrito de oposición de los legatarios que la existencia de una valoración de las participaciones no puede dejarse al arbitrio de una sola de las partes y que no entra a valorar el ejercicio tempestivo del derecho de adquisición preferente habida cuenta de que el mismo no procede.

IV

Don C.L.H., por escrito de fecha 27 de abril de 2020, que tuvo entrada el día 19 de mayo posterior en el Registro Mercantil de Madrid, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a, resumidamente, los siguientes argumentos: 1.º Que el registrador ha incurrido en error al entender que a la fecha del fallecimiento del socio la redacción del artículo 7 de los estatutos tenía una redacción distinta a la que realmente tenia. Dicho precepto fue modificado en el año 2008, años antes del fallecimiento como resulta de la documentación que acompaña. 2.º Que por lo demás está de acuerdo con la resolución en lo que se refiere a la aportación de valoración unilateral. Que no existe la extemporaneidad alegada por cuanto los legatarios notifican a la sociedad su condición en fecha 4 de noviembre de 2019 y el socio recurrente notificó el ejercicio de su derecho de adquisición preferente en fecha 20 de diciembre, dentro de los tres meses a que se refiere el artículo 7 de los estatutos y 110 de la Ley de Sociedades de Capital. Que niega que el allanamiento a la demanda tenga la condición de reconocimiento de su condición de socios.

De la documentación que acompaña resulta, de la inscripción 4.ª de la hoja social, que por acuerdo de la junta general universal reunida en fecha 28 de marzo de 2008, se acordó por unanimidad, entre otros, el de dar nueva redacción al artículo 7 de los estatutos que, en la parte que interesa a la presente, quedó con la siguiente redacción: «…C) Transmisiones mortis causa de participaciones. La adquisición por sucesión hereditaria de participaciones sociales confiere al heredero o legatario la condición de socio, si bien deberá comunicar a la sociedad la adquisición hereditaria, teniendo los restantes socios y la sociedad el derecho de adquirir las participaciones del socio fallecido, apreciadas en el valor razonable que tuvieran al día del fallecimiento del socio, y cuyo precio se pagará al contado. No obstante, los socios sobrevivientes podrán optar por adquirir del heredero un número de participaciones sociales que representen un 5% del capital social. El régimen de transmisión de las participaciones sociales será el vigente a la fecha en que el socio hubiere comunicado a la

sociedad su propósito de transmitir o en su caso en la fecha del fallecimiento del socio o en el de la adjudicación judicial o administrativa.»

V

Mediante escrito fechado el día 10 de junio de 2020, los señores don A.S.T., don P.F.S.T., doña E.P.S.T. y doña M.N.S.T., presentan un escrito de alegaciones en el que exponen: 1.º Que ostentan la titularidad de 29 participaciones de la sociedad desde el día del fallecimiento de su hermano acaecido el día 5 de mayo de 2017 habiendo transcurrido el plazo de 3 meses establecido en el artículo 110 de la Ley Hipotecaria en relación al artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital. Que en fecha 20 de junio de 2017 enviaron un fax al recurrente para informarle del fallecimiento y del legado. El día 21 de febrero de 2020 se nos notifica la existencia del presente expediente. Entre ambas fechas hay más de dos años por lo que ha transcurrido el plazo previsto en el artículo 110 de la Ley de Sociedades de Capital. 2.º Durante este periodo siempre se les ha considerado como legatarios y por tanto como socios de la sociedad. Que en fecha 20 de junio de 2018 enviaron un burofax a la sociedad requiriendo determinada información con vistas a la celebración de una junta general. Que la demanda de impugnación a que el mismo recurrente se refiere fue interpuesta porque ostentaban legitimación suficiente y la sociedad se allanó a la demanda sin negar la legitimación de los actores. Además, la sentencia 219/2020 del Juzgado de lo mercantil núm. 1 de Madrid estima íntegramente la demanda ratificando la condición de socios.

Acompañan copia de la carta de fecha 20 de junio de 2017 en la que ponen de manifiesto el legado hecho a su favor por su hermano y prometen aportar la documentación oportuna en cuanto lo acepten requiriendo al administrador de la sociedad para que se abstenga de convocar junta general extraordinaria.

Acompañan copia del escrito dirigido a la sociedad en el que reclaman, en relación a la junta convocada para el día 26 de junio de 2018, determinada información, así como su contestación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 659, 817, 820, 818, 881, 882, 883, 885, 891, 1003, 1023, 1024, 1026 y 1027 del Código Civil; 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 de 6 de noviembre de 1934, 21 de febrero y 23 de noviembre de 2001, 4 de julio de 2007 y 18 de diciembre de 2008, así como las sentencias 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 27 de febrero de 1982, 20 de septiembre de 1988, 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, 11 de junio, 2, 4 y 23 de octubre, 6, 14, 22, 23, 26 y 28 de noviembre y 17 y 18 de diciembre de 2018 y 14 y 21 (primera y segunda) de febrero, 7, 26 (primera, segunda y tercera), 28 (primera y segunda), y 29 de marzo, 15 y 22 (primera, segunda y tercera), de abril, 10 (tercera y quinta), y 16 (primera, segunda y tercera), de mayo y 6 (tercera y sexta) y 26 (quinta y sexta), de junio, 12 de septiembre (primera y segunda), 26 de noviembre, 3 de diciembre (segunda), 12 de diciembre (primera) y 23 de diciembre (segunda) de 2019, 3 de enero (primera, segunda y tercera), 14 de enero (primera y segunda), 13 de febrero (segunda y tercera), 26 de febrero (primera, segunda, tercera y cuarta), y 12 de marzo de 2020.

1. Fallece un socio de una sociedad de responsabilidad limitada bajo testamento en el que, tras designar heredera universal a su esposa, lega las participaciones de que fuera titular en una sociedad a sus cuatro hermanos. El socio sobreviviente ejerce el derecho de adquisición preferente y solicita del registrador mercantil la designación del experto a que se refiere el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital. Dos son las cuestiones que se plantean en el presente expediente: si el socio sobreviviente ostenta o no derecho de adquisición preferente y si lo ha ejercitado tempestivamente.

2. Para dar una respuesta en derecho a la cuestión planteada es preciso hacer un pronunciamiento previo sobre el régimen legal del legado puro y simple y las consecuencias que de ello se derivan. En nuestro ordenamiento jurídico los llamados como legatarios a la herencia, si bien tienen derecho de repudiación, transmiten su derecho a los legados puros desde el momento del fallecimiento del causante. Ahora bien, dicha circunstancia no excusa de la necesaria liquidación de la herencia a fin de verificar la procedencia y legalidad del legado dispuesto.

En primer lugar, porque es preciso satisfacer las deudas pendientes del causante conforme al aforismo «primero es pagar que heredar», que encuentra su reflejo legal, entre otros, en los artículos 1003 y 1026 y 1027 del Código Civil. Dice así este último: «El administrador no podrá pagar los legados sino después de haber pagado a todos los acreedores.»

En segundo lugar porque, de existir legitimarios, es preciso determinar que el legado no es inoficioso por perjudicar los derechos de aquellos. Así, una vez deducidas las cargas de la herencia (art. 818 del Código Civil), y determinada la legítima se procederá a la reducción de los legados inoficiosos en la medida que perjudiquen a aquella en la forma determinada por los artículos 820 a 822 del mismo código.

Debe pues distinguirse entre la adquisición de la condición de llamado al legado y la adquisición propiamente dicha de la cosa legada que depende de las operaciones de liquidación hereditaria.

La primera cuestión hace referencia a que el llamado a un legado puro y simple transmite dicha condición para el caso de fallecer antes de haber adqui-

rido la cosa legada. Así dice el artículo 881 del Código Civil: «El legatario adquiere derecho a los legados puros y simples desde la muerte del testador, y lo transmite a sus herederos.» Dicha condición se transmite, aunque no exista aceptación formal del legado. El artículo 882 insiste en dicha afirmación: «Cuando el legado es de cosa específica y determinada, propia del testador, el legatario adquiere su propiedad desde que aquél muere, y hace suyos los frutos o rentas pendientes, pero no las rentas devengadas y no satisfechas antes de la muerte. La cosa legada correrá desde el mismo instante a riesgo del legatario, que sufrirá, por lo tanto, su pérdida o deterioro, como también se aprovechará de su aumento o mejora.» En consecuencia, y como resulta de la regulación legal, el llamado al legado puede ejercitar, desde el mismo momento del fallecimiento del causante todas las acciones procedentes en defensa de su posición jurídica sin perjuicio de la eventual reducción de su cuantía e incluso de su inoficiosidad. El artículo 47 de la Ley Hipotecaria dispone lo siguiente: «El legatario de bienes inmuebles determinados o de créditos o pensiones consignados sobre ellos podrá pedir en cualquier tiempo anotación preventiva de su derecho. Esta anotación sólo podrá practicarse sobre los mismos bienes objeto del legado.» El legatario sobre cosa cierta y determinada no puede solicitar la inscripción definitiva de su derecho sino la medida de aseguramiento prevista en la ley. Para que así sea es preciso, como recoge la letra c) del artículo 81 del Reglamento Hipotecario que se presente: «Escritura de entrega otorgada por el legatario y contador-partidor o albacea facultado para hacer la entrega o, en su defecto, por el heredero o herederos.»

En definitiva, sólo una vez que esté liquidada la herencia procederá la entrega del legado a los legatarios. Dice así el artículo 885 del Código Civil: «El legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero o al albacea, cuando este se halle autorizado para darla.»

La Resolución de la DGRN de 27 de febrero de 1982 lo expresó de la siguiente forma: «Considerando que la facultad concedida al testador en los artículos 858 y 859 del Código Civil para gravar a los herederos con mandas y legados se halla limitada, cuando existen herederos forzosos, por los artículos 813 y 817 del mismo Cuerpo legal, al disponer que no puede aquél privar de su legítima a los herederos, sino en los casos expresamente determinados por la Ley, ni imponerle sobre ella gravamen, condición, ni sustitución de ninguna especie, y que las disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de dichos herederos se reducirán, a petición de éstos, en lo que fuesen inoficiosas o excesivas.

Considerando que como ya declaró la Resolución de 7 de abril de 1906, de las citadas disposiciones lógicamente se deduce que aun cuando la entrega de los legados puede hacerse por los albaceas, si éstos se hallan autorizados para ello por el testador, por permitirlo así el artículo 885 del Código civil, para que aquélla pueda tener lugar, debe preceder la liquidación y partición general de la herencia, porque solamente de este modo puede saberse si dichos lega-

dos se encuentran dentro de la cuota de que puede disponer el testador, y no se perjudica, por tanto, la legítima de los herederos forzosos, a no ser que los expresados herederos concurran también a la entrega o manifiesten su conformidad con que ésta se efectúe sin cumplir dicha formalidad, pues al constituir una garantía y un derecho en favor de los mismos, claro es que pueden renunciar a él, si tienen la necesaria capacidad legal.» En el mismo sentido la Resolución de la DGRN de 20 de septiembre de 1988.

3. Por lo que se refiere a la transmisión de participaciones sociales de sociedad de responsabilidad limitada por causa de muerte, el artículo 110 de la Ley de Sociedades de Capital dispone lo siguiente: «1. La adquisición de alguna participación social por sucesión hereditaria confiere al heredero o legatario la condición de socio.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, los estatutos podrán establecer a favor de los socios sobrevivientes, y, en su defecto, a favor de la sociedad, un derecho de adquisición de las participaciones del socio fallecido, apreciadas en el valor razonable que tuvieren el día del fallecimiento del socio, cuyo precio se pagará al contado. La valoración se regirá por lo dispuesto en esta Ley para los casos de separación de socios y el derecho de adquisición habrá de ejercitarse en el plazo máximo de tres meses a contar desde la comunicación a la sociedad de la adquisición hereditaria.»

De la regulación legal resulta con claridad que la condición de socio se transmite por legado sin perjuicio de la posibilidad de que se reconozca en estatutos la posibilidad de adquisición preferente para socios y para la propia sociedad. Ahora bien, aún en aquel supuesto es preciso hacer una precisión porque si bien el legatario puede defender su posición jurídica desde el fallecimiento del socio y ejercitar, por ejemplo, las acciones que al mismo pudieran corresponder, no lo es menos que, como cualquier otro legatario, está sujeto al régimen general de liquidación de la herencia que ha quedado expuesto.

Es preciso así distinguir el periodo de tiempo que va desde el fallecimiento del socio y aquel que comienza con la atribución de participaciones concretas en el documento particional. En el primer momento el llamado al legado transmite a su vez su condición aun cuando no haya aceptado el legado (art. 881 del Código Civil), y puede ejercer por si solo o en unión del resto de los llamados los derechos inherentes a la condición de socio (art. 882 del mismo cuerpo legal). Ahora bien, no es sino desde el momento en que se practica la partición y tras el pago de deudas de la herencia y comprobación de la oficiosidad del legado en que el legatario adquiere plenamente su condición de socio sobre participaciones concretas y específicas (art. 885 del Código Civil).

4. De los hechos resulta con total claridad que al fallecimiento del socio y causante don F.J.S.T. los estatutos sociales disponían un derecho de adquisición preferente a favor del resto de socios y de la propia sociedad en los términos que han quedado reflejados en el expositivo IV de la presente. Desde la

fecha del acuerdo y de la aprobación del acta correspondiente (art. 202 de la Ley de Sociedades de Capital), el acuerdo entonces adoptado, en fecha 28 de marzo de 2008, reconoce tal posición jurídica. Procede en consecuencia la revocación de la resolución del registrador en este punto por estar basada en un evidente error de hecho.

5. Establecida la existencia del derecho de adquisición a favor del solicitante resta por analizar si el ejercicio de su derecho ha sido tempestivo, o como reclaman los legatarios en su escrito de oposición y en el posterior de alegaciones, es extemporáneo.

De los hechos resulta que el causante falleció en fecha 5 de mayo de 2017. Resulta igualmente que el legado fue entregado por la heredera a los legatarios, con atribución de participaciones concretas y determinadas, en fecha 26 de junio de 2019 mediante escritura pública. Resulta que los legatarios notifican a la sociedad la adquisición de sus respectivas participaciones por medio de escrito de fecha 31 de octubre de 2019 que fue entregado el día 4 de noviembre del mismo año. Resulta finalmente que el socio hoy solicitante notifico a los legatarios el ejercicio de su derecho de adquisición mediante escrito de fecha 18 de diciembre de 2019 que fue entregado el día 23 inmediato posterior.

De los hechos narrados resulta que el socio hoy solicitante ejerció el derecho de adquisición dentro del plazo que para ello provee el artículo 110 de la Ley de Sociedades de Capital.

Esta Dirección General no puede amparar la pretensión de los llamados al legado que reiteradamente entienden que el hecho de que notificaran a la sociedad el contenido del testamento, de que solicitaran información o advirtieran a la administración social de la celebración de una junta general o el hecho de que ejercitaran una acción judicial, implica que su condición de legatarios sobre participaciones concretas y específicas fue notificado y determinara el dies a quo del plazo previsto en el artículo 110 de la Ley de Sociedades de Capital.

Como ha quedado expuesto por extenso los llamados al legado pueden ejercer los derechos de conservación de su posición jurídica desde el momento de fallecimiento del causante (en su caso de conformidad con el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital), pero no adquieren derecho sobre las participaciones y la condición de socios hasta que se lleva a cabo la liquidación de la herencia con pago de créditos y legítimas (en este caso de dos tercios del caudal *ex* artículo 838 del Código Civil), y entrega de los bienes legados. Hasta que dicha circunstancia se produce no existe la adquisición hereditaria a que se refiere el artículo 110 de la Ley de Sociedades de Capital que, como se ha fundamentado, no puede confundirse con la adquisición de la condición de llamado al legado. Hasta que no haya adquisición de participaciones concretas y determinadas que atribuyan la condición de socio al legatario no puede la sociedad reconocer su condición y proceder a la inscripción en el libro registro de socios; es la notificación de dicha circunstancia la que deter-

mina el dies a quo del plazo de tres meses del artículo 110 de la Ley Hipotecaria pues hasta entonces no existe notificación de adquisición de la condición de socio y, en su caso, derecho de adquisición en los términos determinados en los estatutos correspondientes.

Atendiendo a las circunstancias de hecho y a los Fundamentos de Derecho expuestos, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Madrid núm. 16, don Ignacio Palacios Gil de Antuñanos de fecha 6 de marzo de 2020.

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

De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 9 de julio de 2020 (2.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 16 de julio de 2020 (1.ª)

En el expediente 34/2020 sobre nombramiento de auditor excepcional a instancia de la sociedad «Kersio Capital Partners Holding, S.L.».

HECHOS

I

Por escrito de fecha 5 de junio de 2020, con entrada en este Ministerio el día 8 el mismo mes y año, la registradora mercantil de Barcelona X, doña María Azucena Bullón Manzano, de conformidad con lo establecido en el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil, remite a esta Dirección General expediente en relación con el nombramiento de auditor para la verificación de las cuentas anuales consolidadas solicitado para el ejercicio 2019 de la sociedad «Kersio Capital Partners Holding, S.L.», a los efectos previstos en el

citado artículo 356 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 Barcelona, de fecha 18 de mayo de 2020, formulada por don ….., en nombre y representación de la mercantil solicitante, en su condición de secretario y miembro del Consejo de Administración de la misma, cuya sociedad es accionista único de la mercantil «Kersio Global Investment, A.V., S.A.» (Sociedad Unipersonal); sendos oficios del registro mercantil y contestaciones al mismo por parte de la administración social, a los efectos de justificar la concurrencia de circunstancias excepcionales que permitirían la aplicación de las previsiones del artículo 356.1 del Reglamento del Registro Mercantil y solicitar del registro mercantil la elevación de dicha solicitud a este Centro Directivo, así como para aclarar y concretar su petición inicial. Asimismo, forma parte del expediente el informe de fecha 5 de junio de 2020 de la registradora mercantil de Barcelona X, doña María Azucena Bullón Manzano, del que se deduce que puede entenderse justificada la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor para la verificación de las cuentas anuales consolidadas solicitado para el ejercicio 2019, elevando el expediente a esta Dirección General.

III

De la solicitud inicial de nombramiento de auditor de fecha 18 de mayo de 2020 dirigida al registro mercantil de Barcelona, formulada por don ….., en nombre y representación de la mercantil solicitante en los términos indicados, al amparo del artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 del Reglamento del Registro Mercantil, en especial, y tras los oportunos oficios del registro mercantil y contestaciones al mismo, el artículo 356 del expresado Reglamento, y según manifiesta el interesado, se desprenden, en esencia, las siguientes circunstancias especiales que justificarían, según su criterio, el nombramiento excepcional de auditor para la verificación de las cuentas anuales consolidadas solicitado para el ejercicio 2019 en persona determinada:

1.º Que la citada Agencia de Valores, conforme a la normativa aplicable a la misma, está obligada a realizar la auditoría de cuentas y a depositar las cuentas anuales y los informes de auditoría en el Registro Mercantil y en los Registros Oficiales de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, conforme a lo previsto en el artículo 263 de la Ley de Sociedades de Capital.

2.º Que la Agencia de Valores «Kersio Global Investment, A.V., S.A.» (Sociedad Unipersonal), a los efectos de cumplir con las obligaciones legales pertinentes, nombró a «KPMG Auditores, S.L.», como auditor de cuentas para los ejercicios 2019, 2020 y 2021.

3.º Que las mercantiles «Kersio Global Investment, A.V., S.A.» (Sociedad Unipersonal) y «Kersio Capital Partners Holding, S.L.», forman un grupo de sociedades y están obligadas, conforme a lo previsto en el artículo 42 del Código de Comercio y el artículo 258 de la Ley de Mercado de Valores, a presentar y auditar las cuentas consolidadas.

4.º Haber finalizado el ejercicio a auditar y no haber sido nombrado auditor de cuentas por la Junta General de la sociedad para auditar las cuentas consolidadas del grupo al que pertenecen ambas sociedades.

5.º «KPMG Auditores, S.L.» es la firma que lleva acabo la auditoria de las cuentas anuales individuales de «Kersio Global Investment, A.V., S.A.» (Sociedad Unipersonal) y posee los conocimientos sobre el grupo que permiten garantizar la correcta ejecución de la auditoría de cuentas.

6.º Que la referida sociedad, en el ejercicio 2019, primer ejercicio social desde su constitución, reúne al menos dos de las tres circunstancias expresadas en el artículo 263 de la Ley de Sociedades de Capital, por lo que está exceptuada de realizar la auditoria individual de las cuentas, solicitando, en consecuencia, de este Centro Directivo:

1. Proceda al nombramiento de «KPMG Auditores, S.L.» para que realice la verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2019 de «Kersio Capital Partners Holding, S.L.», únicamente para las cuentas consolidadas.
2. Que, conforme al artículo 356. l del Reglamento del Registro Mercantil, se eleve el expediente a la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública y se designe a «KPMG Auditores, S.L.» como auditor, teniendo en consideración que es la sociedad encargada de la auditoria de las cuentas individuales de la Agencia de Valores y posee los conocimientos sobre el grupo que permiten garantizar la correcta ejecución de la auditoría de cuentas.
3. Que dicho nombramiento se lleve a cabo de forma urgente, teniendo en consideración la obligación de presentar las cuentas anuales consolidadas ante la Comisión Nacional del Mercado de Valores y ante el Registro Mercantil a la mayor brevedad posible.

IV

Por su parte, la registradora mercantil de Barcelona X, doña María Azucena Bullón Manzano, emite informe de fecha 5 de junio de 2020 del que se deduce que puede entenderse justificada la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor para la verificación de las cuentas anuales consolidadas solicitado para el ejercicio 2019, elevando el expediente a esta Dirección General de conformidad con el artículo 356.1 del Reglamento del Registro Mercantil.

En concreto, del informe de la registradora se desprende que las sociedades «Kersio Capital Partners Holding, S.L.» y «Kersio Global Investment, A.V., S.A.» (Sociedad Unipersonal) forman un grupo de sociedades, y que conforme a los artículos 42 del Código de Comercio y 258 de la Ley del Mercado de Valores, está obligada a verificar las cuentas anuales consolidadas en relación al citado ejercicio. Asimismo, la sociedad «Kersio Global Investment, A.V., S.A.» (Sociedad Unipersonal) nombró auditor para la verificación de las cuentas anuales de los ejercicios 2019, 2020 y 2021 a la sociedad auditora «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 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, así como del resto del expediente obrante en esta Dirección General, resultan circunstancias por las que procedería la aplicación del procedimiento excepcional de nombramiento de auditor de cuentas para la verificación de las cuentas anuales consolidadas solicitado para el ejercicio 2019, y que no se reiteran por haber sido ya reproducidas a lo largo de esta resolución.

3. Por su parte, la registradora mercantil de Barcelona X, doña María Azucena Bullón Manzano, emite informe de fecha 5 de junio de 2020, del que se deduce que puede entenderse justificada la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor para la verificación de las cuentas anuales consolidadas solicitado para el ejercicio 2019, todo ello, en los términos que han sido expuestos.

4. A la luz de las consideraciones anteriores, de los hechos expuestos, y del informe de fecha 5 de junio de 2020 emitido por la registradora mercantil de Barcelona X, doña María Azucena Bullón Manzano, resulta la concurrencia de circunstancias especiales que justifican la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor para la verificación de las cuentas anuales consolidadas solicitado para el ejercicio 2019 por cuanto concurren presupuestos reveladores de volumen económico significativo y conveniencia de que la elaboración y auditoría de las cuentas anuales consolidadas de la sociedad peticionaria para ejercicio 2019 sea hecha por la misma auditora ya encargada para la revisión de las cuentas anuales de los ejercicios 2019, 2020 y 2021 de la mercantil «Kersio Global Investment. A.V, S.A.» sociedad ésta que, junto con la solicitante «Kersio Capital Partners Holding, S.L.», forman un grupo de sociedades, las cuales se encuentran obligadas a verificar cuentas anuales consolidadas en relación al citado ejercicio 2019. Lo anterior determina por la sociedad auditora un adecuado conocimiento de las circunstancias contables de la mercantil solicitante, así como del marco regulatorio de su actividad; no estando además económicamente justificado el nombramiento de un auditor distinto para llevar a cabo el mismo cometido.

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 «Kersio Capital Partners Holding, S.L.», a fin de que verifique las cuentas anuales consolidadas correspondientes al ejercicio 2019, al resultar del expediente que en la sociedad solicitante concurren causas que así lo justifican.

2.º Autorizar a la registradora mercantil de Barcelona X, doña María Azucena Bullón Manzano, a nombrar a «KPMG Auditores, S.L.», inscrita en el Registro Mercantil de Madrid, hoja M-188007, y en el ROAC con el núm. S0702, según se desprende del expediente, como auditor de cuentas de la sociedad, para la revisión de sus cuentas anuales consolidadas correspondientes al ejercicio 2019, 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.

Atendiendo a las circunstancias de hecho y a los Fundamentos de Derecho expuestos, esta Dirección General ha acordado 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 pone fin a la vía administrativa.

De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 16 de julio de 2020 (1.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 14 de agosto de 2020 (1.ª)

En el expediente 40/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Caleta Nadal, S.L.».

HECHOS

I

Juan Carlos Costa Linares, en su propio nombre y derecho, y en representación de la mercantil «Caleta Nadal, S.L.», presentó escrito de fecha 16 de enero de 2020, dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, en el que tuvo su entrada el mismo día 24 del mes citado, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Caleta Nadal, S.L.» (en concreto, titular del 49%), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

Junto con el escrito de solicitud, el interesado acompañó los documentos que estimó pertinentes.

II

Dicho escrito es trasladado a la mercantil en el domicilio social por correo certificado con acuse de recibo, con fecha 28 de enero de 2020, no habiendo formulando oposición en el plazo legalmente previsto.

III

El registrador mercantil de Barcelona XIV, Luis Fernández del Pozo, dictó resolución de fecha 13 de marzo de 2020 por la que acordó la no procedencia del nombramiento de auditor solicitado, dado que, a tenor de la propia resolución citada, según se desprende de la inscripción 1.ª de la hoja social, dicha compañía se rige por dos administradores solidarios, designados por plazo indefinido, siendo el solicitante, a su vez, administrador solidario, sin que en el momento de presentación de su solicitud conste inscrito en el registro nuevo nombramiento o cese de cargos.

IV

El solicitante, Juan Carlos Costa Linares, interpuso recurso ante esta Dirección General contra la anterior resolución de fecha 13 de marzo de 2020, del que se desprende, en esencia, que efectivamente es administrador, pero que, según manifiesta, «a la práctica, el socio se ha visto desposeído de su calidad de administrador, y el control de la sociedad, y de la contabilidad de la misma es ejercida por el resto de los socios y el otro administrador, sin tener acceso a la misma».

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 dado que el motivo expuesto en que se basa el recurso carece de virtualidad para fundamentar el derecho individual del socio reconocido en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. Así, 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, como es el caso que nos ocupa y así resulta expresamente del expediente, la administración con carácter solidario, porque en ambos casos habría podido contratar por sí mismo los servicios de un auditor ajeno a la empresa si lo hubiera creído conveniente en ejercicio de su competencia de gestión de la sociedad, lo que no habría podido hacer si la administración fuera mancomunada, o colegiada, dado que habría tenido que contar con el consentimiento de los demás (Resoluciones de 27 de mayo de 2007, 3 de septiembre de 2008, 1 de septiembre de 2011 y 12 de septiembre de 2012, 4, 5, 17 y 18 de septiembre y 2 de diciembre de 2014 entre otras).

Como resulta del expediente obrante en este Centro Directivo, y es reconocido por el propio recurrente, el socio solicitante es efectivamente administrador solidario, por tanto, en este caso, debe concluirse que no cabe apreciar la concurrencia del oportuno interés protegible en dicho socio.

2. Hay que tener en cuenta que el objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital prevé para que se acuerde la pertinencia de nombramiento de auditor a instancia de la minoría. La competencia de esta Administración

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

Atendiendo a las circunstancias de hecho y a los Fundamentos de Derecho expuestos, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Barcelona XIV, Luis Fernández del Pozo, dictó resolución de fecha 13 de marzo de 2020 por la que acordó la no procedencia del nombramiento de auditor solicitado, dado que, según se desprende de la inscripción 1.ª de la hoja social, dicha compañía se rige por dos administradores solidarios, designados por plazo indefinido, siendo el solicitante, a su vez, administrador solidario. Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución pone fin a la vía administrativa.

De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 14 de agosto de 2020 (1.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 14 de agosto de 2020 (2.ª)

En el expediente 43/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Pont Mestres & Asociados, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 14 de febrero de 2020 dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, en el que tuvo su entrada el día 24 del mismo mes, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Pont Mestres & Asociados, S.L.» (en concreto, titular del 37,157%), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

Junto con el escrito de solicitud, el interesado acompañó los documentos que estimó pertinentes.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio por medio de escrito suscrito por Joan Francesc Pont Clemente, en su calidad de administrador único de la mercantil, alegando, en esencia, ser falaz el fundamento de la casusa de la solicitud y, en consecuencia, carecer del requisito de la «causa de la solicitud» exigida legalmente, así como estar hecha con el único fin de entorpecer la marcha de la sociedad y la gestión de la misma, al tratarse de una maniobra en abuso de derecho y mala fe en su posición de socio minoritario.

Asimismo, junto con el escrito de oposición, el interesado acompañó los documentos que estimó pertinentes.

III

La registradora mercantil de Barcelona VII, Carmen Gómez-Meana Crespo, dictó resolución de fecha 12 de marzo de 2020, por la que acordó no admitir la oposición y estimar la solicitud de nombramiento de auditor presentada.

IV

Joan Francesc Pont Clemente, en nombre y representación de la sociedad, en su condición de administrador único de la misma, por escrito suscrito el 14 de julio de 2020 y que tuvo su entrada el mismo día 14 del expresado mes en el Registro Mercantil, interpuso recurso contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su 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, 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 estimarse el recurso interpuesto pues los motivos alegados por la sociedad, comenzando por los relativos, en esencia, a la mala fe y al abuso de derecho por parte del socio solicitante, además del resto de motivos que más adelante se analizarán, no pueden imponerse al derecho individual del socio a que las cuentas del ejercicio sean objeto de auditoría.

Así, es doctrina consolidada de esta Dirección que siendo indiscutible que nuestro ordenamiento jurídico no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo por lo que el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización de buena fe (art. 7 del Código Civil), también lo es que la apreciación de tales circunstancias resulta imposible en un procedimiento como el presente cuyo limitado conocimiento material y competencial lo impide, sin perjuicio del derecho de los interesados a acudir a los Tribunales de Justicia en defensa de su posición jurídica (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010 y 11 de marzo de 2014, entre otras).

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

Directamente relacionado con lo anterior, el interés del socio que reclama el nombramiento de auditor no es ni puede ser objeto de valoración en el estrecho ámbito de este expediente. Como es doctrina reiterada (*vide* resoluciones de 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010, entre otras), el objeto de este procedimiento se limita a determinar si concurren o no los requisitos legales para la procedencia de nombramiento de auditor a instancia de la minoría sin que dentro de su estrecho cauce pueda pretenderse el conocimiento de otras materias reservadas a otras Administraciones o a los Tribunales de Justicia (arts. 354.3 y 359 del Reglamento del Registro Mercantil). Si la parte recurrente plantea cuestiones que tienen por objeto la valoración de la conducta de la solicitante debe actuar en la instancia que en cada caso sea competente sin que puedan impedir que la socia 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 eco-

nómico como resulta claramente del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

2. Por lo que se refiere a la alegación relativa a la inexistencia de causa para la designación de auditor y ser esta falaz, 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).

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 2019.

Atendiendo a las circunstancias de hecho y a los Fundamentos de Derecho expuestos, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Barcelona VII, Carmen Gómez-Meana Crespoa, de fecha 12 de marzo de 2020, 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 pone fin a la vía administrativa.

De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia

donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 14 de agosto de 2020 (2.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 2 de septiembre de 2020 (1.ª)

En el expediente 31/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de socias de «Qualitas Abogados, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. y doña ….. presentaron escrito de fecha 7 de febrero de 2020 dirigido al Registro Mercantil de Toledo, en el que tuvo su entrada el mismo día 7 de febrero, en el que solicitaron, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titulares cada una de ellas de más del 5% del capital social de «Qualitas Abogados, S.L.» (en concreto, manifiestan ser titulares del 16,5% y 18%, respectivamente), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

II

Por oficio del Registro Mercantil de Toledo de fecha 11 de febrero de 2020 se da traslado a la sociedad de la solicitud presentada. La sociedad se opuso a la pretensión de las socias por medio de escrito suscrito por don ….., en su condición de administrador único de la mercantil, que tuvo su entrada en el Registro Mercantil de Toledo el 20 de febrero alegando, en esencia:

1.º Que el comportamiento y solicitud de las socias se lleva a cabo con abuso claro del derecho conferido, acreditándose la mala fe de las mismas por la existencia de procedimientos judiciales.

2.º Que la única finalidad de la utilización del mecanismo del 265.2 de la LSC por las solicitantes es exclusivamente para generar una carga o gravamen como consecuencia de las desavenencias sociales existentes.

3.º Que la designación de nuevo auditor tendría una limitación al alcance de su actividad puesto que las mismas solicitantes ya interesaron revisión de cuentas para el ejercicio 2018 y el auditor no ha terminado ni emitido su informe a la fecha.

III

La registradora Mercantil de Toledo I, doña Pilar del Olmo López, dictó resolución de fecha 25 de febrero de 2020, 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 único de la mercantil, por escrito de fecha 19 de marzo de 2020 que tuvo su entrada el día 1 de junio del mismo año en el Registro Mercantil, 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. Como cuestión previa, es preciso señalar que el objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que, en este caso, 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 un socio que reúna al menos el 5% del capital en la sociedad en cuestión. Así, el artículo citado dispone que «en las sociedades que no estén obligadas a someter las cuentas anuales a verificación por un auditor, los socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social podrán solicitar del registrador mercantil del domicilio social que, con cargo a la sociedad, nombre un auditor de cuentas para que efectúe la revisión de las cuentas anuales de un determinado ejercicio siempre que no hubieran transcurrido tres meses a contar desde la fecha de cierre de dicho ejercicio». Por tanto, la competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones o conflictos entre los socios e interesados, que se desprenden de los escritos de alegaciones, recurso y documentos que se acompañan, que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la constitución española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

2. No puede estimarse el recurso interpuesto pues los motivos alegados por la sociedad, comenzando por los relativos, en esencia, a la mala fe y al abuso de derecho por parte de las socias solicitantes, además de los económicos que más adelante se analizarán, no pueden imponerse al derecho individual del socio a que las cuentas del ejercicio sean objeto de auditoría.

Así, es doctrina consolidada de esta Dirección que siendo indiscutible que nuestro ordenamiento jurídico no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo por lo que el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización de buena fe (art. 7 del Código Civil), también lo es que la apreciación de tales circunstancias resulta imposible en un procedimiento como el presente cuyo limitado conocimiento material y competencial lo impide, sin perjuicio del derecho de los interesados a acudir a los Tribunales de Justicia en defensa de su posición jurídica (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010 y 11 de marzo de 2014, entre otras).

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

Directamente relacionado con lo anterior, el interés del socio que reclama el nombramiento de auditor no es ni puede ser objeto de valoración en el estrecho ámbito de este expediente. Como es doctrina reiterada (*vide* resoluciones de 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010, entre otras), el objeto de este procedimiento se limita a determinar si concurren o no los requisitos legales para la procedencia de nombramiento de auditor a instancia de la minoría sin que dentro de su estrecho cauce pueda pretenderse el conocimiento de otras materias reservadas a otras Administraciones o a los Tribunales de Justicia (arts. 354.3 y 359 del Reglamento del Registro Mercantil). Si la parte recurrente plantea cuestiones que tienen por objeto la valoración de la conducta de las solicitantes debe actuar en la instancia que en cada caso sea competente sin que puedan impedir que las socias ejerciten debidamente el derecho que les reconoce el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. Consecuentemente, y por disposición expresa de la Ley, si concurren los requisitos legalmente establecidos prevalece el derecho del socio minoritario, aunque su ejercicio suponga para la sociedad un coste económico como resulta claramente del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

3. En cuanto al motivo de alegación basado en el coste económico que la petición comporta para la sociedad, en concreto, como resulta del escrito de

alegaciones y recurso, que finalidad de la utilización del mecanismo del 265.2 de la LSC por las solicitantes es exclusivamente para generar una carga o gravamen como consecuencia de las desavenencias sociales existentes, 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, gastos innecesarios que la petición comportaría para la sociedad o, como es el presente caso, la expresa alegación de generar una carga o gravamen como consecuencia de las desavenencias sociales existentes (art. 267 de la Ley de Sociedades de Capital), no pueden ser estimadas, 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 las solicitantes de los requisitos exigidos por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, que no han sido desvirtuados por la sociedad en el expediente, esto es, representando las socias solicitantes más del cinco por ciento del capital social y no habiendo transcurrido tres meses desde la fecha de cierre de dicho ejercicio, procede el nombramiento solicitado de auditor que efectúe la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2019. Lo anterior, independiente de que ya se ejercitara este derecho para el ejercicio anterior 2018 y sea cual sea el estado en el que se encuentren los trabajos del auditor designado.

Atendiendo a las circunstancias de hecho y a los Fundamentos de Derecho expuestos, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil Toledo, doña Pilar del Olmo López, de fecha 25 de febrero de 2020, 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 pone fin a la vía administrativa.

De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia

donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 2 de septiembre de 2020 (1.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 2 de septiembre de 2020 (2.ª)

En el expediente 32/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Bosques Naturales del Mediterráneo 1 S. Com P A».

HECHOS

I

Don ….., en su condición de apoderado de la sociedad «Bosques Naturales, S.A.», presentó escrito de fecha 22 de enero de 2020, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el mismo día 22 de enero, en el que solicitó en nombre de su representada, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, y como titular de más del 5% del capital social de la mercantil «Bosques Naturales del Mediterráneo 1 S. Com P A», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

Con su solicitud, el interesado acompaña la documentación que estima pertinente.

II

Por el registro mercantil de Madrid se dio traslado de la solicitud anterior a la mercantil por resolución de fecha 27 de enero de 2020, para que, en caso de considerarlo oportuno, ejercitara su derecho de oposición conforme al artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil.

III

La sociedad se opuso a la pretensión del socio por medio de escrito de fecha 5 de febrero de 2020 que tuvo su entrada en el Registro Mercantil el día 6 del mismo mes alegando, en esencia, tener ya auditor nombrado para el ejercicio solicitado.

IV

Por sendos oficios del registro mercantil de Madrid de fechas 10 y 28 de febrero de 2020 se requiere a la mercantil al efecto de que acredite fehacientemente que el nombramiento de auditor es previo y se proceda, al objeto de determinar si el derecho del socio ha quedado ineludiblemente garantizado, o bien a la inscripción del nombramiento de auditor de cuentas mediante la presentación de la documentación pertinente, a la fecha del presente requerimiento no consta presentada la documentación necesaria para ello en el libro de inscripciones, o acreditar haber puesto el informe de auditoría a disposición del socio minoritario o incorporar el mismo al expediente de nombramiento. Dichos requerimientos son contestados mediante escrito de fecha 25 de febrero de 2020 y certificación de fecha 3 de febrero de 2020, que tuvieron entrada en el registro mercantil los días 25 de febrero y 12 de marzo de 2020, respectivamente.

V

La registradora mercantil de Madrid VI, doña María Victoria Arizmendi Gutiérrez, dictó resolución de fecha 30 de abril de 2020 por la que acordó estimar la oposición de la sociedad al nombramiento solicitado, sin que proceda, por tanto, la designación de auditor de cuentas para la entidad mercantil «Bosques Naturales del Mediterráneo 1 S. Com P A».

VI

Don ….., en su condición de apoderado de la sociedad «Bosques Naturales, S.A.», por medio de escrito de fecha 26 de mayo de 2020, interpuso recurso contra la anterior resolución de fecha 30 de abril de 2020.

En dicho escrito de recurso alega, en esencia, falsedad de la documentación, así como que en ningún caso se acredita la fehaciencia ni para la designación o inscripción de auditor antes de la finalización del ejercicio social ni antes de la solicitud de designación por la minoría.

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. Vuelve a plantearse ante esta Dirección una cuestión sobre la que ha tenido ocasión de pronunciarse de modo reiterado por lo que procede aplicar la doctrina al efecto elaborada. De acuerdo con dicha doctrina (resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012, 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, 13 de mayo,17 de junio de 2014 y de 24 de septiembre de 2015 entre otras muchas), este Centro Directivo ha mantenido que la finalidad del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital es la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la estructura empresarial, para lo cual dicho artículo reconoce y regula el derecho a la verificación de la contabilidad social por un profesional independiente nombrado por el Registrador Mercantil a instancia de los socios que reúnan un mínimo de participaciones sociales o acciones equivalentes al 5% del capital social y siempre que presenten su solicitud en los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social.

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

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

lla efectivamente se realice y el socio pueda tener perfecto conocimiento de la contabilidad de la sociedad».

Ahora bien, para que la auditoria 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 22 de enero de 2020 y, por otro, que la registradora mercantil acredita que ha sido nombrado auditor voluntario para el mismo ejercicio, al indicar que resulta inscrito el nombramiento de auditor voluntario de la sociedad para el ejercicio 2019, habiendo causado la inscripción 18.ª de la hoja social de fecha 23 de enero (sic) de 2020 (si bien, de la publicación del BORME de 30 de marzo de 2020, se desprende que dicha fecha es la 23 de marzo, y no enero, de 2020 como, por otra parte, señala el propio recurrente).

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 debe prosperar ya que ha quedado acreditado en el expediente la inscripción del nombramiento voluntario en la hoja social correspondiente. 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).

4. Además, debe tenerse en cuenta en este expediente que, como consecuencia de la presentación de la documentación oportuna, y como resulta de los antecedentes de hecho, dicha presentación concluyó con la oportuna inscripción en la hoja social, por la que se procedió a la inscripción del nombramiento de auditor de cuentas para el ejercicio 2019. 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 (art. 4.1 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas). Procedería por este mismo motivo también la desestimación del recurso.

Por tanto, debe concluirse que ha quedado acreditado tanto el nombramiento de auditor de manera voluntaria por la sociedad así como su presentación a inscripción en el Registro Mercantil, por lo que debe concluirse que: 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 el nombramiento o 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.

Atendiendo a las circunstancias de hecho y a los Fundamentos de Derecho expuestos, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Madrid VI, doña María Victoria Arizmendi Gutiérrez, de fecha 30 de abril de 2020, por la que resuelve estimar la oposición de la sociedad al nombramiento solicitado, sin que proceda, por tanto, la designación de auditor de cuentas para la entidad mercantil en cuestión 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 pone fin a la vía administrativa.

De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 2 de septiembre de 2020 (2.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 25 de septiembre de 2020 (1.ª)

En el expediente 35/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Arteriego, S.L.».

HECHOS

I

Don …..presentó escrito de fecha 12 de febrero de 2020, dirigido al Registro Mercantil de Murcia, en el que tuvo su entrada el día 13 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 «Arteriego, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

Con su solicitud, el interesado acompaña la documentación que estima pertinente.

II

Por el registro mercantil de Murcia se dio traslado de la solicitud anterior a la mercantil por resolución de fecha 14 de febrero de 2020, para que, en caso de considerarlo oportuno, ejercitara su derecho de oposición conforme al artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil.

III

La sociedad se opuso a la pretensión del socio por medio de escrito de don ….., en su condición de administrador único de la mercantil, de fecha 13 de marzo de 2020, que tuvo su entrada en el Registro Mercantil el día 23 del mismo mes, alegando, en esencia, tener ya auditor nombrado e inscrito para el ejercicio solicitado.

IV

El registrador mercantil de Murcia II, don Bartolomé Nieto García, dictó resolución de fecha 22 de mayo de 2020 por la que acordó desestimar la solicitud del interesado al nombramiento, sin que proceda, por tanto, la designación de auditor de cuentas para la entidad mercantil «Arteriego, S.L.», al existir ya auditor inscrito, según se desprende de la propia resolución.

V

Don ….., por medio de escrito de fecha 10 de junio de 2020, que tuvo su entrada en el Registro Mercantil el día 12 del mismo mes, interpuso recurso contra la anterior resolución de fecha 22 de mayo de 2020.

En dicho escrito de recurso alega, en esencia, no acreditarse la fehaciencia del nombramiento, así como la vinculación del auditor con la mercantil, solicitando que se requiera a un auditor independiente, imparcial y objetivo.

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. 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 auditoria 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 12 de febrero de 2020 y, por otro, que el registrador mercantil acredita que ha sido nombrado auditor voluntario para el mismo ejercicio, al indicar que resulta inscrito el nombramiento de auditor voluntario de la sociedad para el ejercicio 2019, habiendo causado la inscripción 12.ª de la hoja social de fecha 12 de marzo de 2020, por acuerdo del órgano de administración de 23 de diciembre de 2019, siendo aceptado el cargo por el designado con fecha 26 del mismo mes.

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 debe prosperar ya que ha quedado acreditado en el expediente la inscripción del nombramiento voluntario en la hoja social correspondiente. 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).

4. Además, debe tenerse en cuenta en este expediente que, como consecuencia de la presentación de la documentación oportuna, y como resulta de los antecedentes de hecho, dicha presentación concluyó con la oportuna inscripción en la hoja social, por la que se procedió a la inscripción del nombramiento de auditor de cuentas para el ejercicio 2019. 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 (art. 4.1 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas). Procedería por este mismo motivo también la desestimación del recurso.

Por tanto, debe concluirse que ha quedado acreditado tanto el nombramiento de auditor de manera voluntaria por la sociedad así como su presentación a inscripción en el Registro Mercantil, por lo que debe concluirse que: 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 el nombramiento o 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 Murcia II, don Bartolomé Nieto García, de fecha 22 de mayo de 2020, por la que acordó desestimar la solicitud del interesado al nombramiento, sin que proceda, por tanto, la designación de auditor de cuentas para la entidad mercantil en cuestión 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 pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 25 de septiembre de 2020 (1.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 25 de septiembre de 2020 (2.ª)

En el expediente 36/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Sanset, S.L.».

HECHOS

I

Don …..presentó escrito de fecha 12 de febrero de 2020, dirigido al Registro Mercantil de Murcia, en el que tuvo su entrada el día 13 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 «Sanset, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

Con su solicitud, el interesado acompaña la documentación que estima pertinente.

II

Por el registro mercantil de Murcia se dio traslado de la solicitud anterior a la mercantil por resolución de fecha 14 de febrero de 2020, para que, en caso de considerarlo oportuno, ejercitara su derecho de oposición conforme al artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil.

III

La sociedad se opuso a la pretensión del socio por medio de escrito de don Francisco Javier Artero Guillén, en su condición de administrador único de la mercantil, de fecha 13 de marzo de 2020, que tuvo su entrada en el Registro Mercantil el día 23 del mismo mes, alegando, en esencia, tener ya auditor nombrado e inscrito para el ejercicio solicitado.

IV

El registrador mercantil de Murcia II, don Bartolomé Nieto García, dictó resolución de fecha 22 de mayo de 2020 por la que acordó desestimar la solicitud del interesado al nombramiento, sin que proceda, por tanto, la designación de auditor de cuentas para la entidad mercantil «Sanset, S.L.», al existir ya auditor inscrito, según se desprende de la propia resolución.

V

Don ….., por medio de escrito de fecha 12 de junio de 2020, que tuvo su entrada en el Registro Mercantil el día mismo día 12 de junio, interpuso recurso contra la anterior resolución de fecha 22 de mayo de 2020.

En dicho escrito de recurso alega, en esencia, no acreditarse la fehaciencia del nombramiento, así como la vinculación del auditor con la mercantil, solicitando que se requiera a un auditor independiente, imparcial y objetivo.

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. 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 desig-

nación 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 auditoria 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 12 de febrero de 2020 y, por otro, que el registrador mercantil acredita que ha sido nombrado auditor voluntario para el mismo ejercicio, al indicar que resulta inscrito el nombramiento de auditor voluntario de la sociedad para el ejercicio 2019, habiendo

causado la inscripción 15.ª de la hoja social de fecha 11 de marzo de 2020, por acuerdo del órgano de administración de 23 de diciembre de 2019, siendo aceptado el cargo por el designado con fecha 26 del mismo mes.

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 debe prosperar ya que ha quedado acreditado en el expediente la inscripción del nombramiento voluntario en la hoja social correspondiente. 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).

4. Además, debe tenerse en cuenta en este expediente que, como consecuencia de la presentación de la documentación oportuna, y como resulta de los antecedentes de hecho, dicha presentación concluyó con la oportuna inscripción en la hoja social, por la que se procedió a la inscripción del nombramiento de auditor de cuentas para el ejercicio 2019. 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 (art. 4.1 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas). Procedería por este mismo motivo también la desestimación del recurso.

Por tanto, debe concluirse que ha quedado acreditado tanto el nombramiento de auditor de manera voluntaria por la sociedad así como su presentación a inscripción en el Registro Mercantil, por lo que debe concluirse que: 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 el nombramiento o 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 Murcia II, don Bartolomé Nieto García, de fecha 22 de mayo de 2020, por la que acordó desestimar la solicitud del interesado al nombramiento, sin que proceda, por tanto, la designación de auditor de cuentas para la entidad mercantil en cuestión 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 pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 25 de septiembre de 2020 (2.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 25 de septiembre de 2020 (3.ª)

En el expediente 39/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Avant Area Europe, S.L.».

HECHOS

I

Don …..presentó escrito de fecha 11 de febrero de 2020, dirigido al Registro Mercantil de Castellón, en el que tuvo su entrada el mismo día 11 de febrero, en el que solicitó, en nombre y representación de don ….., al amparo del artículo 265.2 de la Ley 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 «Avant Area Europe, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

Con su solicitud, el interesado acompaña la documentación que estima pertinente.

II

Por el registro mercantil de Castellón se dio traslado de la solicitud anterior a la mercantil por resolución de fecha 13 de febrero de 2020, para que, en caso de considerarlo oportuno, ejercitara su derecho de oposición conforme al artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil.

III

La sociedad se opuso a la pretensión del socio por medio de escrito que tuvo su entrada en el Registro Mercantil el día 26 de febrero de 2020 alegando, en esencia, tener ya auditor nombrado con carácter previo a la solicitud para el ejercicio 2019.

IV

Por oficio del registro mercantil de Castellón de fecha 4 de marzo de 2020 se requiere a la mercantil al efecto de que complete la documentación aportada. Dicho requerimiento es contestado mediante presentación el 5 de marzo de 2020 de la designación de auditor que, tras la oportuna y calificación y subsanación de defectos, dio lugar a la inscripción en fecha 21 de mayo de 2020 del nombramiento de auditor para el ejercicio 2019; todo ello según resulta del expediente obrante en esta Dirección General.

V

La registradora mercantil de Castellón I, doña María Rosa Navarro Díaz, dictó resolución de fecha 11 de junio de 2020 por la que acordó no proceder al nombramiento solicitado al tener ya nombrado e inscrito auditor de forma voluntaria, con anterioridad.

VI

El solicitante, por medio de escrito presentado el 7 de julio de 2020, interpuso recurso contra la anterior resolución de fecha 11 de junio de 2020. En dicho escrito de recurso alega, en esencia, que la entidad auditora en cuestión designada por la sociedad «Avant Area Europe, S.L.», fue nombrada para auditar el ejercicio 2018, y no el ejercicio 2019.

VII

Por informe que acompaña a la remisión del expediente en cuestión a esta Dirección General, la registradora mercantil de Castellón I, doña María Rosa Navarro Díaz, hace constar que en la resolución de 11 de junio de 2020 por la que no procede el nombramiento, se padeció error material al señalar que se referían a las cuentas a auditar como el 2018, cuando debería constar como tal el año 2019, error que debe entenderse subsanado tanto por el contenido de la parte dispositiva de la resolución, del resto del expediente y del texto de la inscripción 7.ª de nombramiento de auditor de fecha 21 de mayo de 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, 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. 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 auditoria 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 presenta su solicitud en el Registro Mercantil en fecha 11 de febrero de 2020 y, por otro, que la registradora mercantil acredita que ha sido nombrado auditor voluntario para el mismo ejercicio, al indicar que resulta inscrito el nombramiento de auditor voluntario de la sociedad para el ejercicio 2019, habiendo causado la inscripción 7.ª de la hoja social de fecha 21 de mayo de 2019.

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 debe prosperar ya que ha quedado acreditado en el expediente la inscripción del nombramiento voluntario en la hoja social correspondiente. 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).

4. Además, debe tenerse en cuenta en este expediente que, como consecuencia de la presentación de la documentación oportuna, y como resulta de los antecedentes de hecho, dicha presentación concluyó con la oportuna inscripción en la hoja social, por la que se procedió a la inscripción del nombramiento de auditor de cuentas para el ejercicio 2019. 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 (art. 4.1 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas). Procedería por este mismo motivo también la desestimación del recurso.

Por tanto, debe concluirse que ha quedado acreditado tanto el nombramiento de auditor de manera voluntaria por la sociedad así como su presentación a inscripción en el Registro Mercantil, por lo que debe concluirse que: 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 el nombramiento o 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 Castellón I, doña María Rosa Navarro Díaz, de fecha 11 de junio de 2020 por la que acordó no proceder al nombramiento solicitado al tener ya nombrado e inscrito auditor de forma voluntaria.

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

establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 25 de septiembre de 2020 (3.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 25 de septiembre de 2020 (5.ª)

En el expediente 42/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Arainmob, S.L.».

HECHOS

I

Don …..presentó escrito de fecha 11 de marzo de 2020 dirigido al Registro Mercantil de Tarragona, en el que tuvo su entrada el mismo día 11 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 «Arainmob, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

II

Por el registro mercantil de Tarragona se dio traslado de la anterior solicitud a la mercantil por resolución de fecha 12 de marzo de 2020, para que, en caso de considerarlo oportuno, ejercitara su derecho de oposición conforme al artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil.

III

La sociedad se opuso a la pretensión del socio por medio de escrito de fecha 3 de junio de 2020, que tuvo su entrada en el Registro Mercantil el día 5 del mismo mes de junio,

suscrito por Teresa María Aragonés Gil, en nombre y representación de la mercantil, alegando, en esencia, tener ya auditor voluntario nombrado para el ejercicio solicitado.

IV

El registrador mercantil de Tarragona I, don Juan Enrique Ballester Colomer, dictó resolución de fecha 12 de junio de 2020, por la que resuelve la procedencia del nombramiento solicitado ya que, si bien el nombramiento por parte de la sociedad es anterior a la solicitud, no se ha garantizado el derecho del socio al informe de auditoría puesto que no se ha procurado su inscripción ni se ha incorporado informe alguno a este expediente.

V

Doña ….., en nombre y representación de la mercantil, mediante escrito de fecha 10 de julio de 2020 interpuso recurso contra dicha resolución de 12 de junio de 2020, reiterando los argumentos de su escrito de oposición, en esencia, tener ya auditor voluntario nombrado para el ejercicio solicitado, desde el 4 de noviembre de 2019, por tanto, con anterioridad a la presentación de solicitud de nombramiento de auditor y no poder garantizar el derecho del socio mediante entrega del informe de auditoría o aportación al expediente debido, entre otras razones, a la incidencia del Covid-19, sin embargo, sigue afirmando el recurrente, en un plazo breve de tiempo será aportado a este expediente solicitando sea elevado a esta DGRN (*sic*).

Por otra parte, y según se desprende del expediente obrante en esta Dirección General, tanto de la resolución registral, como del escrito de recurso, con fecha 24 de abril de 2020 fue presentada documentación al efecto de nombramiento de auditor de cuentas el cual fue calificado con defectos. No estando inscrito dicho nombramiento a la fecha de la interposición del recurso, como reconoce la propia recurrente, según manifiesta, «por defectos que, en el momento que sean subsanados, supondrán la inscripción automática del nombramiento».

VI

Con posterioridad a la interposición del recurso, por medio de oficio de esta Dirección General de fecha 13 de agosto de 2020, y no habiéndose realizado durante la tramitación del procedimiento, actuaciones complementarias del artículo 87 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en virtud del artículo 118.1, se concedió un plazo de quince días para que se justifique la inscripción en el Registro Mercantil del nombramiento o la entrega del informe de verificación de las cuentas correspondientes al ejercicio 2019 a los socios solicitantes o al registro, con el ruego de su remisión, en su caso. Caso contrario, se procedería a dictar resolución de acuerdo al contenido del expediente antes expresado.

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. 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 auditoria 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. Ninguna de las tres circunstancias anteriores resulta acreditada en el expediente obrante en esta Dirección General.

2. En el presente expediente resulta por un lado que el socio presenta su solicitud en el registro mercantil con fecha 11 de marzo de 2020 y, por otro, que la sociedad manifiesta que nombró auditor voluntario para el mismo ejercicio con carácter anterior a la solicitud con fecha 4 de noviembre de 2019,

nombramiento que fue presentado en el registro mercantil calificado con defectos, y sin que resulte del expediente obrante en esta Dirección General haberse cumplido ninguna de las tres circunstancias más arriba dichas que enervarían la procedencia de designación de auditor por el registrador mercantil al encontrarse en esos casos suficientemente protegido el interés del socio solicitante.

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, podría llegar a quedar acreditado el nombramiento voluntario de auditor, no así su inscripción en el Registro Mercantil, de modo 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 pueden enervar la procedencia de designación de auditor por el registrador mercantil, y nada de ello resulta acreditado en el expediente obrante en esta Dirección General. 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 cualesquiera otras cuestiones, reservadas, en su caso, al correspondiente procedimiento judicial.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Tarragona I, don Juan Enrique Ballester Colomer, de fecha 12 de junio de 2020, por la que resuelve la procedencia del nombramiento solicitado, dado que dicho nombramiento no consta inscrito en el registro mercantil, ni se ha acreditado la aportación al expediente del informe de verificación ni su entrega al socio solicitante, todo ello 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 pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 25 de septiembre de 2020 (5.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 25 de septiembre de 2020 (6.ª)

En el expediente 46/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Fide Madrid Gestion, S.L.».

HECHOS

I

Don …..presentó escrito de fecha 17 de febrero de 2020, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 18 del mismo mes, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, y como titular de más del 5% del capital social de la mercantil «Fide Madrid Gestion, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

II

Por el registro mercantil de Madrid se dio traslado de la solicitud anterior a la mercantil por resolución de fecha 18 de febrero de 2020, para que, en caso de considerarlo oportuno, ejercitara su derecho de oposición conforme al artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil.

III

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 único de la misma, de fecha 26 de febrero de 2020, que tuvo su entrada en el Registro Mercantil el día 28 del mismo mes, alegando, en esencia, tener ya auditor nombrado para el ejercicio solicitado.

IV

El registrador mercantil de Madrid VII, don Javier Navarro González, dictó resolución de fecha 29 de junio de 2020 por la que, a la vista de la documentación presentada en el registro y la calificación defectuosa pendiente de subsanación, acordó dejar en suspenso el nombramiento de auditor de cuentas durante el plazo de vigencia del asiento de presentación.

V

Don ….. por medio de escrito de fecha 13 de julio de 2020, que tuvo su entrada en el Registro Mercantil el mismo día 13, interpuso recurso contra la anterior resolución de fecha 29 de junio de 2020. En dicho escrito de recurso alega, en esencia, no acreditarse la feha-

ciencia del nombramiento, siendo este nombramiento posterior a la solicitud del recurrente, así como el no haberse efectuado aún la auditoría de las cuentas anuales del año 2018.

VI

Con posterioridad a la interposición del recurso antes expresado y antes de la resolución del mismo, con fecha 21 de julio de 2020 tiene entrada en esta Dirección General remisión de documentación por parte del registrador mercantil de Madrid VII, don Javier Navarro González, consistente en copia de la inscripción 5.ª practicada en la hoja social de «Fide Madrid Gestion, S.L.», de la que resulta que con fecha 28 de julio de 2020 quedó inscrito el nombramiento de auditor de cuentas para el ejercicio 2019 de la referida 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. Vuelve a plantearse ante esta Dirección una cuestión sobre la que ha tenido ocasión de pronunciarse de modo reiterado por lo que procede aplicar la doctrina al efecto elaborada. De acuerdo con dicha doctrina (resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012, 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, 13 de mayo,17 de junio de 2014 y de 24 de septiembre de 2015 entre otras muchas), este Centro Directivo ha mantenido que la finalidad del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital es la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la estructura empresarial, para lo cual dicho artículo reconoce y regula el derecho a la verificación de la contabilidad social por un profesional independiente nombrado por el Registrador Mercantil a instancia de los socios que reúnan un mínimo de participaciones sociales o acciones equivalentes al 5% del capital social y siempre que presenten su solicitud en los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social.

Como excepción a esta regla general, este Centro Directivo ha reconocido desde antiguo el hecho de que, dados los principios de objetividad, independencia e imparcialidad que presiden la actividad auditora, no frustra el derecho del socio el origen del nombramiento, ya sea éste judicial, registral o

voluntario, puesto que el auditor, como profesional independiente, inscrito en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas, ha de realizar su actividad conforme a las normas legales, reglamentarias y técnicas que regulan la actividad auditora.

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

Ahora bien, para que la auditoria 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.

2. En el presente expediente resulta por un lado que el socio minoritario presenta su solicitud en el Registro Mercantil en fecha 17 de febrero de 2020 y, por otro, que el registrador mercantil acredita que ha sido nombrado auditor voluntario para el mismo ejercicio, al indicar que, con posterioridad a la interposición del recurso y antes de la resolución del mismo, resulta inscrito el nombramiento de auditor voluntario de la sociedad para el ejercicio 2019, habiendo causado la inscripción 5.ª de la hoja social de fecha 28 de julio de 2020, por nombramiento llevado a cabo el 25 de noviembre de 2019, siendo aceptado el cargo por el designado con fecha 6 de marzo del 2020; todo ello, según resulta del expediente obrante en esta Dirección General.

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 debe prosperar ya que ha quedado acreditado en el expediente la inscripción del nombramiento voluntario en la hoja social correspondiente. Lo anterior, independiente de que ya se ejercitara este derecho para el ejercicio anterior 2018 y sea cual sea el estado en el que se encuentren los trabajos del auditor designado para ese ejercicio, como resulta del escrito 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).

4. Además, debe tenerse en cuenta en este expediente que, como consecuencia de la presentación de la documentación oportuna, y como resulta de los antecedentes de hecho, dicha presentación concluyó con la oportuna inscripción en la hoja social, por la que se procedió a la inscripción del nombramiento de auditor de cuentas para el ejercicio 2019. 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 (art. 4.1 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas). Procedería por este mismo motivo también la desestimación del recurso.

Por tanto, debe concluirse que ha quedado acreditado tanto el nombramiento de auditor de manera voluntaria por la sociedad así como su presentación a inscripción en el Registro Mercantil, por lo que debe concluirse que: 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 el nombramiento o 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 VII, don Javier Navarro González, de fecha 29 de junio de 2020 por la que, a la vista de la documentación presentada en el registro y la calificación defectuosa pendiente de subsanación, acordó dejar en suspenso el nombramiento de auditor de cuentas, y sin que proceda por tanto, y a la vista de la inscripción final-

mente practicada, la designación de auditor de cuentas para la entidad mercantil en cuestión al figurar ya un auditor inscrito para el ejercicio 2019 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 pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 25 de septiembre de 2020 (6.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 25 de septiembre de 2020 (8.ª)

En el expediente 49/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Ferralla Eliche, S.L.L».

HECHOS

I

Cristóbal López Jiménez presentó escrito de fecha 16 de junio de 2020, dirigido al Registro Mercantil de Valencia, en el que tuvo su entrada el mismo día 16 del mes citado, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Ferralla Eliche, S.L.L» (en concreto, manifiesta ser titular del 33,3 % del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 23 de junio de 2020 en el domicilio social por correo certificado con acuse de recibo, formulando oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito de fecha 1 de julio de 2020 que tuvo su entrada en el registro mercantil el mismo día 19 de febrero, suscrito por Juan Carlos López Jiménez, en su condición de liquidador de la mercantil. En dicho escrito de oposición alega, en esencia:

1. Falta de legitimación, al no ser socio minoritario, sino reunir un 33,3% del capital social.
2. La condición de miembro del consejo de administración del solicitante.
3. Conocimiento de la situación y contabilidad de la sociedad.
4. Transcurso del plazo legal de los tres meses desde del cierre del ejercicio; en concreto, advierte que desde la fecha de cierre del ejercicio al de la petición de la auditoría de cuentas «han transcurrido casi 6 meses».

III

El registrador mercantil de Valencia V, Rodolfo Bada Maño, dictó resolución de fecha 8 de julio de 2020 por la que acordó denegar dichas alegaciones y proceder al nombramiento de auditor solicitado para el ejercicio 2019.

IV

Juan Carlos López Jiménez, en su condición de liquidador de la mercantil, interpuso recurso ante esta Dirección General contra la anterior resolución de fecha 8 de julio de 2020, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos.

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, 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, Resolución de consulta de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de fecha 10 de abril de 2020, Disposición Final 8.ª del Real Decreto-Ley 19/2020, 26 de mayo, Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública 5 de junio de 2020 de consulta sobre interpretación del artículo 40.3 y.5 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo en relación al plazo de formulación de cuentas anuales de sociedades de capital y de depósito en sociedades no cotizadas, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. El recurso no puede prosperar dado que los fundamentos anteriormente expuestos carecen de virtualidad para fundamentar el derecho individual del socio reconocido en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. Así, en cuanto a la cuestión relativa a la condición de miembro del consejo de administración del solicitante, no puede sostenerse la conclusión que se sigue por el recurrente de ser el socio solicitante miembro de dicho consejo.

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, como es el caso que nos ocupa, 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, en este caso, debe concluirse que sí cabe apreciar la concurrencia del oportuno interés protegible en el socio solicitante.

2. Por lo que se refiere a la alegación del supuesto conocimiento de la situación y contabilidad de la sociedad por parte del solicitante, en tanto que el derecho de acceso a la información del socio ha sido respetado en todo momento a juicio del recurrente, 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.* Artículos 196 y 197 en relación con los artículos 253 y 272 de la Ley de Sociedades de Capital). Téngase en cuenta que el objeto de este expediente no es determinar si el socio minoritario puede acceder o no a la información contable sino si tiene derecho a que se designe un auditor a fin de obtener una opinión técnica, independiente e imparcial sobre si las cuentas «expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación» (art. 1 del Real Decreto Legislativo 22/2015, de 21 de julio por el que se aprueba la Ley de Auditoría de Cuentas).

3. Por lo que se refiere a la alegación relativa al transcurso del plazo legal de los tres meses desde del cierre del ejercicio; en concreto, y según advierte el recurrente, que desde la fecha de cierre del ejercicio al de la petición de la auditoría de cuentas «han transcurrido casi 6 meses».

En este sentido, hay que comenzar por recordar lo que disponen los artículos 253.1 y 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Así, el primero de los artículos citados establece que «los administradores de la sociedad están obligados a formular, en el plazo máximo de tres meses contados a partir del cierre del ejercicio social, las cuentas anuales, el informe de gestión, que incluirá, cuando proceda, el estado de información no financiera, y la propuesta de aplicación del resultado, así como, en su caso, las cuentas y el informe de gestión consolidados». Por su parte, el artículo 265.2 del Texto Refundido señalado dispone que «en las sociedades que no estén obligadas a someter las cuentas anuales a verificación por un auditor, los socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social podrán solicitar del registrador mercantil del domicilio social que, con cargo a la sociedad, nombre un auditor de cuentas para que efectúe la revisión de las cuentas anuales de un determinado ejercicio siempre que no hubieran transcurrido tres meses a contar desde la fecha de cierre de dicho ejercicio».

Por otro lado, por la Disposición final 8.ª del Real Decreto-Ley 19/2020, de 26 de mayo, se han modificado los apartados 3 y 5 del artículo 40 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, viniendo a establecer que la obligación de formular las cuentas anuales, ordinarias o abreviadas, individuales o consolidadas, en el plazo de tres meses a contar desde el cierre del ejercicio social queda suspendida hasta el 1 junio de 2020, reanudándose de nuevo por otros tres meses a contar desde esa fecha. En este sentido, la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública 5 de junio de 2020, citada en los vistos, señala que «…la nueva redacción del precepto fija un día concreto, el día 1 de junio de 2020, para el inicio del cómputo del plazo de tres meses para la formulación de las cuentas anuales correspondientes al último ejercicio

cerrado por una sociedad de capital y fija el plazo de dos meses desde su transcurso para la aprobación de las cuentas anuales formuladas. Esta Dirección General considera que el plazo se computa en los mismos términos en que se computa el plazo previsto en la Ley de Sociedades de Capital para la formulación de las cuentas, para su aprobación por la junta general y para su depósito en el Registro Mercantil. Al igual que ocurre en el supuesto de cierre de ejercicio social en que el primer día para la formulación de las cuentas es el siguiente al último del mes correspondiente al fin del ejercicio, 1 de enero para las sociedades cuyo cierre se produce el 31 de diciembre de cada año, la norma a que se refiere la consulta fija el día 1 de junio de 2020 como día inicial para el cómputo del plazo de tres meses para la formulación de las cuentas, siendo el día final o *dies ad quem*, el día 31 de agosto de 2020. A los plazos restantes se les aplica la misma lógica, a salvo lo que se dirá para el cierre de la hoja social…». Continúa afirmando la Dirección General en la consulta en cuestión que «Esta es la interpretación más acorde con la legislación ordinaria y con la propia exposición de motivos del Real Decreto-Ley 19/2020, de 26 de mayo que se expresa en los siguientes términos: «*Adicionalmente, se reduce de tres a dos meses el plazo para aprobar las cuentas anuales desde la formulación, con lo que las empresas dispondrán antes de unas cuentas aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil y se armoniza dicho plazo para todas las sociedades, sean o no cotizadas, en modo tal que todas deberán tener las cuentas aprobadas dentro de los diez primeros meses del ejercicio.*».

Estas mismas razones de interpretación acorde con la legislación citada y analogía –artículo 4.1 del Código Civil– llevan consigo que en el caso que nos ocupa, de solicitud efectuada conforme al artículo 265.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, se considere que el plazo de tres meses a contar desde el cierre del ejercicio social quede suspendido hasta el 1 junio de 2020 y que, en consecuencia, dicho plazo se inicie en tal fecha y concluya el 31 de agosto de 2020. Es más, la propia resolución de consulta llega a afirmar, como ya se ha expresado que «A los plazos restantes se les aplica la misma lógica, a salvo lo que se dirá para el cierre de la hoja social». En definitiva, suspendido el plazo en los términos expresados hasta el 1 de junio de 2020 y presentado el escrito de solicitud de nombramiento de auditor con fecha 16 de junio de 2020, es evidente que se encuentra presentado el mismo tempestivamente.

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, con mayor motivo reuniendo el 33% como resulta del expediente, desvirtuando así el primero de los motivos de las alegaciones a que se refieren los antecedentes de hecho, y no habiendo transcurrido tres meses desde la fecha de cierre de dicho ejercicio de acuerdo con los términos indicados en esta resolución, procede el nombramiento solicitado de auditor que efectúe la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2019.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Valencia V, Rodolfo Bada Maño, de fecha 8 de julio de 2020, por la que acordó denegar dichas alegaciones y proceder al nombramiento de auditor solicitado para el ejercicio 2019.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 25 de septiembre de 2020 (8.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 25 de septiembre de 2020 (9.ª)

En el expediente 51/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Projara Cambados, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 31 de enero de 2020 dirigido al Registro Mercantil de Pontevedra, en el que tuvo su entrada el día 3 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 «Projara Cambados, S.L.» (en concreto, alega ser titular del 25%), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

Junto con el escrito de solicitud, el interesado acompañó los documentos que estimó pertinentes.

II

Trasladada la anterior solicitud a la mercantil por medio de oficio del Registro Mercantil de Pontevedra, la sociedad se opuso a la pretensión del socio por medio de escrito suscrito por Alejandro Chantada García, en su calidad de administrador de la mercantil, alegando, en esencia, estar exceptuada de la obligación de nombrar auditor.

Asimismo, junto con el escrito de oposición, el interesado acompañó los documentos que estimó pertinentes.

III

Tras diligencia para mejor proveer del Registro Mercantil de Pontevedra a tal fin, el otro administrador mancomunado de la sociedad, don ….., se ratifica en el escrito de oposición expresado en el antecedente anterior.

IV

El registrador mercantil de Pontevedra I, don Vicente Artime Cot, dictó resolución de fecha 16 de junio de 2020, por la que acordó no admitir la oposición y estimar la solicitud de nombramiento de auditor presentada.

V

Don ….. y don ….., en nombre y representación de la sociedad, en su condición de administradores de la misma, por escrito suscrito el 8 de julio de 2020 y que tuvo su entrada el mismo día 8 del expresado mes en el Servicio Postal de Correos, interpusieron recurso contra dicha resolución, alegando que el socio minoritario está obrando con evidente 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, 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 estimarse el recurso interpuesto, pues el único motivo alegado por la sociedad, en concreto, mala fe por parte del socio solicitante, no puede imponerse al derecho individual del socio a que las cuentas del ejercicio sean objeto de auditoría.

Así, es doctrina consolidada de esta Dirección que siendo indiscutible que nuestro ordenamiento jurídico no ampara el abuso de derecho o el ejercicio

antisocial del mismo por lo que el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización de buena fe (art. 7 del Código Civil), también lo es que la apreciación de tales circunstancias resulta imposible en un procedimiento como el presente cuyo limitado conocimiento material y competencial lo impide, sin perjuicio del derecho de los interesados a acudir a los Tribunales de Justicia en defensa de su posición jurídica (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010 y 11 de marzo de 2014, entre otras).

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

Directamente relacionado con lo anterior, el interés del socio que reclama el nombramiento de auditor no es ni puede ser objeto de valoración en el estrecho ámbito de este expediente. Como es doctrina reiterada (*vide* resoluciones de 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010, entre otras), el objeto de este procedimiento se limita a determinar si concurren o no los requisitos legales para la procedencia de nombramiento de auditor a instancia de la minoría sin que dentro de su estrecho cauce pueda pretenderse el conocimiento de otras materias reservadas a otras Administraciones o a los Tribunales de Justicia (arts. 354.3 y 359 del Reglamento del Registro Mercantil). Si la parte recurrente plantea cuestiones que tienen por objeto la valoración de la conducta del solicitante debe actuar en la instancia que en cada caso sea competente sin que puedan impedir que el socio ejercite debidamente el derecho que le reconoce el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. Consecuentemente, y por disposición expresa de la Ley, si concurren los requisitos legalmente establecidos prevalece el derecho del socio minoritario, aunque su ejercicio suponga para la sociedad un coste económico como resulta claramente del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

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 2019.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Pontevedra I, don Vicente Artime Cot, de fecha 16 de junio de 2020, 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 pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 25 de septiembre de 2020 (9.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 25 de septiembre de 2020 (10.ª)

En el expediente 55/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de socio de «Puente Genil 2003, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presenta escrito de fecha 27 de marzo de 2020 dirigido al Registro Mercantil de Córdoba, en el que tuvo su entrada el mismo día 27 de febrero, en el que solicitaron, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Puente Genil 2003, S.L.» (en concreto, manifiesta ser titular del 10%), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

II

Por oficio del Registro Mercantil de Córdoba de fecha 5 de junio de 2020 se da traslado a la sociedad de la solicitud presentada. La sociedad se opuso a la pretensión del socio por

medio de escrito suscrito por don ….., en su condición de administrador concursal de la mercantil, que tuvo su entrada en el Registro Mercantil de Toledo el 25 de junio alegando, en esencia:

1.º Que el comportamiento y solicitud del socio se lleva a cabo con abuso claro del derecho conferido al encontrarse la mercantil en fase de liquidación dentro del procedimiento concursal.

2.º Que la utilización del mecanismo del 265.2 de la LSC por el solicitante generaría una carga o gravamen a la mercantil, originando un crédito contra innecesario contra la masa.

3.º Que la designación de nuevo auditor resulta innecesaria ya que todos los socios tienen acceso a los informes trimestrales sobre el estado de liquidación formulados dentro del proceso de liquidación de la mercantil.

III

El registrador mercantil de Córdoba V, don Rafael Castiñeira Fernández Medina, dictó resolución de fecha 30 de junio de 2020, 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 concursal liquidador de la mercantil, por escrito de fecha 22 de julio de 2020 que tuvo su entrada el mismo día en la oficina de correos de Estepona, 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. Como cuestión previa, es preciso señalar que el objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que, en este caso, 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 un socio que reúna al menos el 5% del capital en la sociedad en cuestión. Así, el artículo citado dispone que «en las sociedades que no estén obligadas a someter las cuentas anuales a verificación por un auditor, los socios que representen, al menos, el

cinco por ciento del capital social podrán solicitar del registrador mercantil del domicilio social que, con cargo a la sociedad, nombre un auditor de cuentas para que efectúe la revisión de las cuentas anuales de un determinado ejercicio siempre que no hubieran transcurrido tres meses a contar desde la fecha de cierre de dicho ejercicio». Por tanto, la competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones o conflictos entre los socios e interesados, que se desprenden de los escritos de alegaciones, recurso y documentos que se acompañan, que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la constitución española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

2. No puede estimarse el recurso interpuesto pues los motivos alegados por la sociedad, comenzando por los relativos, en esencia, a la mala fe y al abuso de derecho por parte del socio solicitante, además de los económicos que más adelante se analizarán, no pueden imponerse al derecho individual del socio a que las cuentas del ejercicio sean objeto de auditoría.

Así, es doctrina consolidada de esta Dirección que siendo indiscutible que nuestro ordenamiento jurídico no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo por lo que el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización de buena fe (art. 7 del Código Civil), también lo es que la apreciación de tales circunstancias resulta imposible en un procedimiento como el presente cuyo limitado conocimiento material y competencial lo impide, sin perjuicio del derecho de los interesados a acudir a los Tribunales de Justicia en defensa de su posición jurídica (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010 y 11 de marzo de 2014, entre otras).

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

Directamente relacionado con lo anterior, el interés del socio que reclama el nombramiento de auditor no es ni puede ser objeto de valoración en el estrecho ámbito de este expediente. Como es doctrina reiterada (*vide* resoluciones de 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010, entre otras), el objeto de este procedimiento se limita a determinar si concurren o no los requisitos legales para la procedencia de nombramiento de

auditor a instancia de la minoría sin que dentro de su estrecho cauce pueda pretenderse el conocimiento de otras materias reservadas a otras Administraciones o a los Tribunales de Justicia (arts. 354.3 y 359 del Reglamento del Registro Mercantil). Si la parte recurrente plantea cuestiones que tienen por objeto la valoración de la conducta de las solicitantes debe actuar en la instancia que en cada caso sea competente sin que puedan impedir que las socias ejerciten debidamente el derecho que les reconoce el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. Consecuentemente, y por disposición expresa de la Ley, si concurren los requisitos legalmente establecidos prevalece el derecho del socio minoritario, aunque su ejercicio suponga para la sociedad un coste económico como resulta claramente del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

3. En cuanto al motivo de alegación basado en el coste económico que la petición comporta para la sociedad, en concreto, como resulta del escrito de alegaciones y recurso, que la utilización del mecanismo del 265.2 de la LSC por el solicitante supone «gravar innecesariamente a la masa activa con unos honorarios por una actuación que en nada favorece a los acreedores concursales sino únicamente, en su caso, al caprichoso deseo de un socio minoritario», 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, gastos innecesarios que la petición comportaría para la sociedad (art. 267 de la Ley de Sociedades de Capital), no pueden ser estimadas, 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. La situación concursal de la mercantil, concretamente la apertura de la fase de liquidación, en nada restringe al derecho del socio minoritario consagrado en el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital. Así. y como es doctrina reiterada de esta Dirección, de la regulación legal sobre las sociedades en estado de liquidación (arts. 371 y 375 de la Ley de Sociedades de Capital), se deriva, sin asomo de duda, que los órganos sociales se rigen por las reglas anteriores a la disolución de la sociedad a salvo las especialidades contempladas para el periodo de liquidación. Es por tanto regla general en sede de sociedad en liquidación y por cuanto se refiere a sus órganos de decisión, gestión y representación la aplicación de las normas aplicables al período anterior a la disolución y apertura de la liquidación sin perjuicio de la aplica-

ción 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, el liquidador, está obligado a formular las cuentas anuales (art. 253 en relación al 386), a convocar junta para su aprobación (art. 164 en relación al 166 del Texto Refundido), así como a presentarlas en el Registro Mercantil para su depósito de conformidad con las reglas generales (art. 279). En consecuencia, durante el periodo de liquidación no hay alteración ni de la obligación de formular cuentas ni de la posibilidad de solicitar el nombramiento de auditor para su verificación contable. Así lo ha afirmado este Centro Directivo en sus Resoluciones de 8 de noviembre de 2000, 8 de julio de 2005, 3 de mayo de 2006 y en la más reciente de 18 de noviembre de 2013.

5. Lo anterior, unido al cumplimiento por las solicitantes de los requisitos exigidos por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, que no han sido desvirtuados por la sociedad en el expediente, esto es, representando 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 2019.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil Córdoba, don Rafael Castiñeira Fernández Medina, de fecha 30 de junio de 2020, 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 pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 25 de septiembre de 2020 (10.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 28 de septiembre de 2020 (1.ª)

En el expediente 56/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Copa Distribución 1706, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 9 de marzo de 2020, dirigido al Registro Mercantil de Tarragona, en el que tuvo su entrada el día 24 del mismo mes, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, y como titular de más del 5% del capital social de la mercantil «Copa Distribución 1706, S.L. (concretamente, titular del 33,33% del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

II

Por el registro mercantil de Tarragona se dio traslado de la solicitud anterior a la mercantil por resolución de fecha 26 de marzo de 2020, para que, en caso de considerarlo oportuno, ejercitara su derecho de oposición conforme al artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil.

La sociedad no formuló oposición en el plazo legalmente previsto.

III

El registrador mercantil de Tarragona II, don Juan Enrique Ballester Colomer, dictó resolución de fecha 26 de junio de 2020 por la que acordó desestimar el nombramiento solicitado al resultar nombrado e inscrito el nombramiento de auditor a instancia de la mercantil, causando la inscripción octava de la hoja social de fecha 23 de junio, sin que proceda, por tanto, la designación de auditor de cuentas a instancia del socio minoritario para la entidad mercantil «Copa Distribución 1706, S.L.».

IV

Don ….., por medio de escrito de fecha 29 de julio de 2020, interpuso recurso contra la anterior resolución de fecha 26 de junio de 2020.

En dicho escrito de recurso alega que el nombramiento del auditor voluntario a instancia de la sociedad, así como su inscripción, fue posterior a la presentación de la solicitud de nombramiento presentada por el recurrente.

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. Vuelve a plantearse ante esta Dirección una cuestión sobre la que ha tenido ocasión de pronunciarse de modo reiterado por lo que procede aplicar la doctrina al efecto elaborada. De acuerdo con dicha doctrina (resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012, 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, 13 de mayo,17 de junio de 2014 y de 24 de septiembre de 2015 entre otras muchas), este Centro Directivo ha mantenido que la finalidad del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital es la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la estructura empresarial, para lo cual dicho artículo reconoce y regula el derecho a la verificación de la contabilidad social por un profesional independiente nombrado por el Registrador Mercantil a instancia de los socios que reúnan un mínimo de participaciones sociales o acciones equivalentes al 5% del capital social y siempre que presenten su solicitud en los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social.

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

Este criterio ha sido sancionado por la doctrina del Tribunal Supremo que en su sentencia de 9 de marzo de 2007, con cita de la doctrina de este Centro Directivo afirma: «La posibilidad de que, en las sociedades no sometidas a verificación obligatoria, la minoría acuda a la designación de un auditor por el Registro Mercantil trata de asegurar el control de las cuentas por un profesional independiente…pero no protege el hecho de que actúe un concreto y determinado profesional, creando una suerte de vinculación *in tuitu perssonae* entre la empresa o entidad y el profesional que recibe el encargo de llevar a efecto la revisión.» Y más adelante continúa: «La designación se verifica no

en razón de condiciones o circunstancias que puedan concurrir en un determinado profesional, sino por un mecanismo aleatorio que tiene por base una consideración de equivalencia o igualdad entre los profesionales inscritos en las listas.» Para terminar afirmando que: «Hay que añadir a ello la consolidada opinión emitida reiteradas veces por la Dirección General de Registros y del Notariado…en orden a considerar que el derecho del accionista a solicitar la auditoría prevista en el artículo 265.2 LSA queda enervado por el encargo de una auditoría voluntariamente realizado por los administradores…estimándose indiferente el origen de la designación (Juez, Registrador, Órganos sociales), lo que viene razonándose en el sentido de que dicho auditor ha de conducirse en sus actuaciones bajo estrictos y exclusivos criterios de independencia y de profesionalidad…ya que la finalidad del artículo 265.2 LSA no es que la auditoría se realice a instancia de un determinado socio sino que aquella efectivamente se realice y el socio pueda tener perfecto conocimiento de la contabilidad de la sociedad».

Ahora bien, para que la auditoria 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 24 de marzo de 2020 y, por otro, que el registrador mercantil acredita que ha sido nombrado auditor voluntario para el mismo ejercicio, al indicar que resulta inscrito el nombramiento de auditor voluntario de la sociedad para el ejercicio 2019, habiendo causado la inscripción 8.ª de la hoja social, de fecha 23 de junio de 2020.

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 debe prosperar ya que ha quedado acreditado en el expediente la inscripción del nombramiento voluntario en la hoja social correspondiente. 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).

4. Además, debe tenerse en cuenta en este expediente que, como consecuencia de la presentación de la documentación oportuna, y como resulta de los antecedentes de hecho, dicha presentación concluyó con la oportuna inscripción en la hoja social, por la que se procedió a la inscripción del nombramiento de auditor de cuentas para el ejercicio 2019. 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 (art. 4.1 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas). Procedería por este mismo motivo también la desestimación del recurso.

Por tanto, debe concluirse que ha quedado acreditado tanto el nombramiento de auditor de manera voluntaria por la sociedad así como su presentación a inscripción en el Registro Mercantil, por lo que debe concluirse que: 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 prin-

cipios 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 el nombramiento o 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 Tarragona II, don Juan Enrique Ballester Colomer, de fecha 26 de junio de 2020, por la que resuelve la improcedencia de la designación de auditor de cuentas para la entidad mercantil en cuestión 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 pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 28 de septiembre de 2020 (1.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 28 de septiembre de 2020 (2.ª)

En el expediente 57/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Vestuario Laboral y Publicidad, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 19 de junio de 2020, dirigido al Registro Mercantil de Toledo, en el que tuvo su entrada el mismo día 19 del mes citado, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley 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.» (en concreto, manifiesta ser titular del 40 % del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 23 de junio de 2020 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 día 3 de julio, suscrito por don …... En dicho escrito de oposición alega la extemporaneidad de la solicitud «ya que la fecha de cierre del ejercicio fue el 31 de diciembre de 2019».

III

La registradora mercantil de Toledo I, doña Pilar del Olmo López, dictó resolución de fecha 9 de julio de 2020 por la que acordó desestimar dicha alegación y proceder al nombramiento de auditor solicitado para el ejercicio 2019.

IV

Don ….. interpuso recurso ante esta Dirección General contra la anterior resolución de fecha 9 de julio de 2020, reiterando la voluntad «coercitiva y amenazadora» del solicitante para «obligarme a comprar sus participaciones» así como el «acceso a toda la documentación de la empresa» por parte del mismo.

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, 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, Resolución de consulta de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de fecha 10 de abril de 2020, Disposición Final 8.ª del Real Decreto-Ley 19/2020, 26 de mayo, Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública 5 de junio de 2020 de consulta sobre interpretación del artículo 40.3 y.5 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo en relación al plazo de formulación de cuentas anuales de sociedades de capital y de depósito en sociedades no cotizadas, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. El recurso no puede prosperar dado que los fundamentos anteriormente expuestos carecen de virtualidad para fundamentar el derecho individual del socio reconocido en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

2. Por lo que se refiere a la alegación del supuesto conocimiento de la situación y contabilidad de la sociedad por parte del solicitante, en tanto que el derecho de acceso a la información del socio ha sido respetado en todo momento a juicio del recurrente, 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.* Artículos 196 y 197 en relación con los artículos 253 y 272 de la Ley de Sociedades de Capital). Téngase en cuenta que el objeto de este expediente no es determinar si el socio minoritario puede acceder o no a la información contable sino si tiene derecho a que se designe un auditor a fin de obtener una opinión técnica, independiente e imparcial sobre si las cuentas «expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación» (art. 1 del Real Decreto Legislativo 22/2015, de 21 de julio por el que se aprueba la Ley de Auditoría de Cuentas).

3. Por lo que se refiere a la alegación relativa al transcurso del plazo legal de los tres meses desde del cierre del ejercicio, concretamente desde el 31 de diciembre, hay que comenzar por recordar lo que disponen los artículos 253.1 y 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se

aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Así, el primero de los artículos citados establece que «los administradores de la sociedad están obligados a formular, en el plazo máximo de tres meses contados a partir del cierre del ejercicio social, las cuentas anuales, el informe de gestión, que incluirá, cuando proceda, el estado de información no financiera, y la propuesta de aplicación del resultado, así como, en su caso, las cuentas y el informe de gestión consolidados». Por su parte, el artículo 265.2 del Texto Refundido señalado dispone que «en las sociedades que no estén obligadas a someter las cuentas anuales a verificación por un auditor, los socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social podrán solicitar del registrador mercantil del domicilio social que, con cargo a la sociedad, nombre un auditor de cuentas para que efectúe la revisión de las cuentas anuales de un determinado ejercicio siempre que no hubieran transcurrido tres meses a contar desde la fecha de cierre de dicho ejercicio».

Por otro lado, por la Disposición final 8.ª del Real Decreto-Ley 19/2020, de 26 de mayo, se han modificado los apartados 3 y 5 del artículo 40 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, viniendo a establecer que la obligación de formular las cuentas anuales, ordinarias o abreviadas, individuales o consolidadas, en el plazo de tres meses a contar desde el cierre del ejercicio social queda suspendida hasta el 1 junio de 2020, reanudándose de nuevo por otros tres meses a contar desde esa fecha. En este sentido, la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública 5 de junio de 2020, citada en los vistos, señala que «…la nueva redacción del precepto fija un día concreto, el día 1 de junio de 2020, para el inicio del cómputo del plazo de tres meses para la formulación de las cuentas anuales correspondientes al último ejercicio cerrado por una sociedad de capital y fija el plazo de dos meses desde su transcurso para la aprobación de las cuentas anuales formuladas. Esta Dirección General considera que el plazo se computa en los mismos términos en que se computa el plazo previsto en la Ley de Sociedades de Capital para la formulación de las cuentas, para su aprobación por la junta general y para su depósito en el Registro Mercantil. Al igual que ocurre en el supuesto de cierre de ejercicio social en que el primer día para la formulación de las cuentas es el siguiente al último del mes correspondiente al fin del ejercicio, 1 de enero para las sociedades cuyo cierre se produce el 31 de diciembre de cada año, la norma a que se refiere la consulta fija el día 1 de junio de 2020 como día inicial para el cómputo del plazo de tres meses para la formulación de las cuentas, siendo el día final o *dies ad quem*, el día 31 de agosto de 2020. A los plazos restantes se les aplica la misma lógica, a salvo lo que se dirá para el cierre de la hoja social…». Continúa afirmando la Dirección General en la consulta en cuestión que «Esta es la interpretación más acorde con la legislación ordinaria y con la propia exposición de motivos del Real Decreto-Ley 19/2020, de 26 de mayo que se expresa en los siguientes términos: «Adicionalmente, se reduce de tres a dos meses el plazo para aprobar las cuentas anuales desde la formulación, con lo que las empresas dispondrán antes de

unas cuentas aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil y se armoniza dicho plazo para todas las sociedades, sean o no cotizadas, en modo tal que todas deberán tener las cuentas aprobadas dentro de los diez primeros meses del ejercicio.».

Estas mismas razones de interpretación acorde con la legislación citada y analogía –art. 4.1 del Código Civil– llevan consigo que en el caso que nos ocupa, de solicitud efectuada conforme al artículo 265.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, se considere que el plazo de tres meses a contar desde el cierre del ejercicio social quede suspendido hasta el 1 junio de 2020 y que, en consecuencia, dicho plazo se inicie en tal fecha y concluya el 31 de agosto de 2020. Es más, la propia resolución de consulta llega a afirmar, como ya se ha expresado que «A los plazos restantes se les aplica la misma lógica, a salvo lo que se dirá para el cierre de la hoja social». En definitiva, suspendido el plazo en los términos expresados hasta el 1 de junio de 2020 y presentado el escrito de solicitud de nombramiento de auditor con fecha 16 de junio de 2020, es evidente que se encuentra presentado el mismo tempestivamente.

4. En relación con la alegación de la causa «coercitiva y amenazadora» que subyace en la pretensión del socio minoritario, debe recordarse que 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).

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, con mayor motivo reuniendo el 40% como resulta del expediente, desvirtuando así la alegación relativa a la causa o motivación a que se refiere los antecedentes de hecho, y no habiendo transcurrido tres meses desde la fecha de cierre de dicho ejercicio de acuerdo con los términos indicados en esta resolución, procede el nom-

bramiento solicitado de auditor que efectúe la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2019.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Toledo I, doña Pilar del Olmo López, de fecha 9 de julio de 2020, por la que acordó desestimar dichas alegaciones y proceder al nombramiento de auditor solicitado para el ejercicio 2019.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 28 de septiembre de 2020 (2.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 28 de septiembre de 2020 (3.ª)

En el expediente 59/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de socio de «Renovaria Asesoramiento Integral Inmobiliario, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 23 de marzo de 2020 dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día siguiente, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Renovaria Asesoramiento Integral Inmobiliario, S.L,», (en concreto, manifiesta ser titular de 750 participaciones sociales equivalente al 18,75% del capital social), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

II

Por oficio del Registro Mercantil de Madrid de fecha 16 de junio de 2020 se da traslado a la sociedad de la solicitud presentada. La sociedad se opuso a la pretensión del socio por medio de escrito suscrito por don ….., en su condición de administrador de la mercantil, que tuvo su entrada en el Registro Mercantil de Madrid el 29 de junio alegando, en esencia:

1.º Que el solicitante es realmente titular de 675 participaciones sociales como consecuencia de haber transmitido 75 participaciones.

2.º Que la solicitud objeto del presente expediente manifiesta una evidente mala fe por parte del solicitante, generando, en caso de ser estimada, un coste económico. Tal solicitud «lo único que pretende es generar un gasto» a la sociedad cuyas cuentas se encuentran en una situación precaria.

III

La registradora mercantil de Madrid VI, doña María Victoria Arizmendi Gutiérrez, dictó resolución de fecha 1 de julio de 2020, 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 mercantil, por escrito de fecha 3 de agosto de 2020 que tuvo su entrada el mismo día 3 en el Registro Mercantil, 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. Como cuestión previa, es preciso señalar que el objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que, en este caso, 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 un socio que reúna al menos el 5% del capital en la sociedad en cuestión. Así, el artículo citado dispone que «en las sociedades que no estén obligadas a someter las cuentas anuales a verificación por un auditor, los socios que representen, al menos, el

cinco por ciento del capital social podrán solicitar del registrador mercantil del domicilio social que, con cargo a la sociedad, nombre un auditor de cuentas para que efectúe la revisión de las cuentas anuales de un determinado ejercicio siempre que no hubieran transcurrido tres meses a contar desde la fecha de cierre de dicho ejercicio». Por tanto, la competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones o conflictos entre los socios e interesados, que se desprenden de los escritos de alegaciones, recurso y documentos que se acompañan, que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la constitución española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

2. No puede estimarse el recurso interpuesto pues los motivos alegados por la sociedad, comenzando por los relativos, en esencia, a la mala fe y al abuso de derecho por parte del socio solicitante, además de los económicos que más adelante se analizarán, no pueden imponerse al derecho individual del socio a que las cuentas del ejercicio sean objeto de auditoría.

Así, es doctrina consolidada de esta Dirección que siendo indiscutible que nuestro ordenamiento jurídico no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo por lo que el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización de buena fe (art. 7 del Código Civil), también lo es que la apreciación de tales circunstancias resulta imposible en un procedimiento como el presente cuyo limitado conocimiento material y competencial lo impide, sin perjuicio del derecho de los interesados a acudir a los Tribunales de Justicia en defensa de su posición jurídica (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010 y 11 de marzo de 2014, entre otras).

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

Directamente relacionado con lo anterior, el interés del socio que reclama el nombramiento de auditor no es ni puede ser objeto de valoración en el estrecho ámbito de este expediente. Como es doctrina reiterada (*vide* resoluciones de 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010, entre otras), el objeto de este procedimiento se limita a determinar si concurren o no los requisitos legales para la procedencia de nombramiento de

auditor a instancia de la minoría sin que dentro de su estrecho cauce pueda pretenderse el conocimiento de otras materias reservadas a otras Administraciones o a los Tribunales de Justicia (arts. 354.3 y 359 del Reglamento del Registro Mercantil). Si la parte recurrente plantea cuestiones que tienen por objeto la valoración de la conducta de las solicitantes debe actuar en la instancia que en cada caso sea competente sin que puedan impedir que las socias ejerciten debidamente el derecho que les reconoce el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. Consecuentemente, y por disposición expresa de la Ley, si concurren los requisitos legalmente establecidos prevalece el derecho del socio minoritario, aunque su ejercicio suponga para la sociedad un coste económico como resulta claramente del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

3. En cuanto al motivo de alegación basado en el coste económico que la petición comporta para la sociedad, en concreto, como resulta del escrito de recurso, que la utilización del mecanismo del 265.2 de la LSC por el solicitante busca generar una carga o gravamen económico para la sociedad «con el consiguiente problema de tesorería», 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, gastos innecesarios que la petición comportaría para la sociedad o, como es el presente caso, la expresa alegación de generar una carga o gravamen como consecuencia de las desavenencias sociales existentes (art. 267 de la Ley de Sociedades de Capital), no pueden ser estimadas, 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 en todo caso más del cinco por ciento del capital social, bien siendo titular de 750 participaciones sociales como alega el mismo, bien siendo titular de 675 participaciones sociales como alega la propia sociedad; 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 2019.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil Madrid VI, doña María Victoria

Arizmendi Gutiérrez, de fecha 1 de julio de 2020, 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 pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 28 de septiembre de 2020 (3.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 28 de septiembre de 2020 (4.ª)

En el expediente 63/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de socio de «Vesta 2000, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 17 de marzo de 2020 dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, en el que tuvo su entrada el día 31 del mismo mes, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Vesta 2000, S.L.» (en concreto, manifiesta ser titular de 100 participaciones sociales equivalente al 20% del capital social), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018. El día 2 de abril de 2020 presenta en el Registro Mercantil de Barcelona nueva instancia subsanando la anterior, en el sentido de hacer constar el error material respecto del ejercicio del que se solicita el nombramiento de auditor ya que, en realidad, se refiere a los ejercicios 2018 y 2019.

II

Por oficio del Registro Mercantil de Barcelona de fecha 6 de abril de 2020 se da traslado a la sociedad de la solicitud presentada. La sociedad se opuso a la pretensión del socio por medio de escrito suscrito por doña ….., en su condición de administradora única de la mercantil, que tuvo su entrada en el Registro Barcelona de Madrid el día 25 de junio alegando, en esencia:

1.º Que la solicitud es extemporánea como consecuencia de la subsanación de la solicitud presentada el día 2 de abril.

2.º Que la solicitud no expresa la causa por la que socio minoritario inicia el expediente.

3.º Que la solicitud objeto del presente expediente manifiesta una evidente mala fe por parte del solicitante, generando, en caso de ser estimada, un coste económico.

4.º Que la sociedad carece de medios económicos para hacer frente a los costes de la auditoría solicitada.

III

El registrador mercantil de Barcelona XV, don Jesús María Ducay López, dictó resolución de fecha 1 de julio de 2020, por la que acordó no admitir la oposición y estimar la solicitud de nombramiento de auditor presentada «únicamente para la revisión de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019».

IV

Doña ….., en nombre y representación de la sociedad, en su condición de administradora única de la mercantil, por escrito de fecha 30 de julio de 2020, que tuvo su entrada el día 3 de agosto en el Registro Mercantil de Barcelona, 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. Como cuestión previa, es preciso señalar que el objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que, en este caso, 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 un socio que reúna al

menos el 5% del capital en la sociedad en cuestión. Así, el artículo citado dispone que «en las sociedades que no estén obligadas a someter las cuentas anuales a verificación por un auditor, los socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social podrán solicitar del registrador mercantil del domicilio social que, con cargo a la sociedad, nombre un auditor de cuentas para que efectúe la revisión de las cuentas anuales de un determinado ejercicio siempre que no hubieran transcurrido tres meses a contar desde la fecha de cierre de dicho ejercicio». Por tanto, la competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones o conflictos entre los socios e interesados, que se desprenden de los escritos de alegaciones, recurso y documentos que se acompañan, que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la constitución española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

2. No puede estimarse el recurso interpuesto por los motivos alegados por la sociedad. En primer lugar, respecto de la extemporaneidad de la solicitud hay que comenzar por recordar lo que disponen los artículos 253.1 y 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Así, el primero de los artículos citados establece que «los administradores de la sociedad están obligados a formular, en el plazo máximo de tres meses contados a partir del cierre del ejercicio social, las cuentas anuales, el informe de gestión, que incluirá, cuando proceda, el estado de información no financiera, y la propuesta de aplicación del resultado, así como, en su caso, las cuentas y el informe de gestión consolidados». Por su parte, el artículo 265.2 del Texto Refundido señalado dispone que «en las sociedades que no estén obligadas a someter las cuentas anuales a verificación por un auditor, los socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social podrán solicitar del registrador mercantil del domicilio social que, con cargo a la sociedad, nombre un auditor de cuentas para que efectúe la revisión de las cuentas anuales de un determinado ejercicio siempre que no hubieran transcurrido tres meses a contar desde la fecha de cierre de dicho ejercicio».

Por otro lado, por la Disposición final 8.ª del Real Decreto-Ley 19/2020, de 26 de mayo, se han modificado los apartados 3 y 5 del artículo 40 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, viniendo a establecer que la obligación de formular las cuentas anuales, ordinarias o abreviadas, individuales o consolidadas, en el plazo de tres meses a contar desde el cierre del ejercicio social queda suspendida hasta el 1 junio de 2020, reanudándose de nuevo por otros tres meses a contar desde esa fecha. En este sentido, la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública 5 de junio de 2020, citada en los vistos, señala que «…la nueva redacción del precepto fija un día concreto, el día 1 de junio de 2020, para el inicio del cómputo del plazo de tres meses para la formulación de las cuentas anuales correspondientes al último ejerci-

cio cerrado por una sociedad de capital y fija el plazo de dos meses desde su transcurso para la aprobación de las cuentas anuales formuladas. Esta Dirección General considera que el plazo se computa en los mismos términos en que se computa el plazo previsto en la Ley de Sociedades de Capital para la formulación de las cuentas, para su aprobación por la junta general y para su depósito en el Registro Mercantil. Al igual que ocurre en el supuesto de cierre de ejercicio social en que el primer día para la formulación de las cuentas es el siguiente al último del mes correspondiente al fin del ejercicio, 1 de enero para las sociedades cuyo cierre se produce el 31 de diciembre de cada año, la norma a que se refiere la consulta fija el día 1 de junio de 2020 como día inicial para el cómputo del plazo de tres meses para la formulación de las cuentas, siendo el día final o *dies ad quem*, el día 31 de agosto de 2020. A los plazos restantes se les aplica la misma lógica, a salvo lo que se dirá para el cierre de la hoja social…». Continúa afirmando la Dirección General en la consulta en cuestión que «Esta es la interpretación más acorde con la legislación ordinaria y con la propia exposición de motivos del Real Decreto-Ley 19/2020, de 26 de mayo que se expresa en los siguientes términos: "Adicionalmente, se reduce de tres a dos meses el plazo para aprobar las cuentas anuales desde la formulación, con lo que las empresas dispondrán antes de unas cuentas aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil y se armoniza dicho plazo para todas las sociedades, sean o no cotizadas, en modo tal que todas deberán tener las cuentas aprobadas dentro de los diez primeros meses del ejercicio."».

Estas mismas razones de interpretación acorde con la legislación citada y analogía –artículo 4.1 del Código Civil– llevan consigo que en el caso que nos ocupa, de solicitud efectuada conforme al artículo 265.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, se considere que el plazo de tres meses a contar desde el cierre del ejercicio social quede suspendido hasta el 1 junio de 2020 y que, en consecuencia, dicho plazo se inicie en tal fecha y concluya el 31 de agosto de 2020. Es más, la propia resolución de consulta llega a afirmar, como ya se ha expresado que «A los plazos restantes se les aplica la misma lógica, a salvo lo que se dirá para el cierre de la hoja social». En definitiva, suspendido el plazo en los términos expresados hasta el 1 de junio de 2020 y presentado el escrito de solicitud de nombramiento de auditor con fecha 31 de marzo y subsanado por instancia presentada el día 2 de abril, es evidente que se encuentra presentado el mismo tempestivamente.

3 En relación a la alegación de mala fe y al abuso de derecho por parte del socio solicitante, además de los motivos económicos que más adelante se analizarán, no pueden imponerse al derecho individual del socio a que las cuentas del ejercicio sean objeto de auditoría.

Así, es doctrina consolidada de esta Dirección que siendo indiscutible que nuestro ordenamiento jurídico no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo por lo que el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización de buena fe (art. 7 del Código Civil), también lo es

que la apreciación de tales circunstancias resulta imposible en un procedimiento como el presente cuyo limitado conocimiento material y competencial lo impide, sin perjuicio del derecho de los interesados a acudir a los Tribunales de Justicia en defensa de su posición jurídica (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010 y 11 de marzo de 2014, entre otras).

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

Directamente relacionado con lo anterior, el interés del socio que reclama el nombramiento de auditor no es ni puede ser objeto de valoración en el estrecho ámbito de este expediente. Como es doctrina reiterada (*vide* resoluciones de 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010, entre otras), el objeto de este procedimiento se limita a determinar si concurren o no los requisitos legales para la procedencia de nombramiento de auditor a instancia de la minoría sin que dentro de su estrecho cauce pueda pretenderse el conocimiento de otras materias reservadas a otras Administraciones o a los Tribunales de Justicia (arts. 354.3 y 359 del Reglamento del Registro Mercantil). Si la parte recurrente plantea cuestiones que tienen por objeto la valoración de la conducta de las solicitantes debe actuar en la instancia que en cada caso sea competente sin que puedan impedir que las socias ejerciten debidamente el derecho que les 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. En cuanto al motivo de alegación basado en el coste económico que la petición comporta para la sociedad, en concreto, como resulta del escrito de recurso, que la utilización del mecanismo del 265.2 de la LSC por el solicitante busca generar una carga o gravamen económico para la sociedad que «carece actualmente de la tesorería necesaria para hacer frente a los gastos que conlleva la 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, gastos innecesarios que la petición comportaría para la sociedad o, como es el presente caso, la expresa alegación de generar una carga o gravamen como consecuencia de las desavenencias sociales existentes (art. 267 de la Ley de Sociedades de Capital), no pueden ser estimadas, 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.

5. Por último, y respecto del motivo alegado consistente en la inexpresión de la causa de la solicitud, 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).

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 2019.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil Barcelona, don Jesús María Ducay López, de fecha 1 de julio de 2020, por la que acordó no admitir la oposición y estimar la solicitud de nombramiento de auditor presentada para las cuentas correspondientes al ejercicio 2019.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 28 de septiembre de 2020 (4.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 28 de septiembre de 2020 (5.ª)

En el expediente 61/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Asturanet Servicios Jurídicos Integrales, S.L.L.».

HECHOS

I

Doña ….., presentó escrito de fecha 10 de junio de 2020, dirigido al Registro Mercantil de Asturias, 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 de más del 5% del capital social de la mercantil «Asturanet Servicios Jurídicos Integrales, S.L.L.» (concretamente, manifiesta ser titular del 24,95% del capital social), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil en el domicilio social por resolución de fecha 12 de junio de 2020. La mercantil atiende dicho requerimiento mediante escrito de fecha 24 de junio, que es presentado el mismo día en el Registro Mercantil de Asturias.

Tal requerimiento es atendido por don ….., administrador único de la sociedad, alegando la falta de legitimación de la solicitante al carecer de la condición de socia. Reconoce que «su única participación en la constitución de la sociedad en su momento lo fue en con-

cepto de titular fiduciaria», siendo los verdaderos propietarios terceras personas. Dicho carácter de titular fiduciario ha sido reconocido por otro titular, totalmente ajeno al presente expediente, en documento público cuya copia se acompaña. Para justificar tal alegación adjunta copia de escrito dirigido al Juzgado de 1.º Instancia de Oviedo de solicitud de conciliación frente a doña ….., sin que conste la notificación del mismo a la solicitante ni la resolución del mismo.

III

La registradora mercantil de Asturias, doña María Concepción Solance del Castillo, dictó resolución de fecha 29 de junio de 2020 por la que resolvió desestimar la oposición y acordó la procedencia del nombramiento solicitado.

IV

Don ….., en su condición de administrador único de la sociedad, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 29 de junio de 2020, reiterando la falta de legitimación del solicitante consecuencia de su carácter de titular fiduciaria, sin aportar, de nuevo, principio alguno de prueba que confirme tal manifestación.

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. En primer lugar, y desde el punto de vista formal, hay que tener en cuenta que el objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital prevé para que se acuerde la pertinencia del nombramiento de auditor a instancia de la minoría. La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la constitución española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial). 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 no puede prosperar por el motivo anteriormente referido.

En primer lugar, no ha quedado desvirtuada la legitimidad del solicitante puesto que la propia mercantil en ningún momento desvirtúa el principio de prueba de la titularidad aportado al expediente, como es la titularidad de las participaciones sociales por parte de la solicitante desde la constitución de la misma, hecho no controvertido.

Así, en el caso de este expediente, y según resulta del mismo, la solicitante manifiesta que es titular de las participaciones sociales que le legitiman para el inicio del presente expediente, extremo confirmado por ambas partes. Sin embargo, la sociedad recurrente alega que se trata simplemente de una titularidad formal, siendo el verdadero propietario un tercero. Para acreditar tal extremo acompaña copia de una escritura pública de reconocimiento de tal carácter realizada por otro socio, que nada tiene que ver con el presente expediente; y, por otro lado, una simple solicitud de conciliación dirigida al Juzgado de fecha posterior al inicio del presente expediente, sin que conste ni el traslado a la solicitante ni la resolución de la misma. Por tanto, debe concluirse que la sociedad no aporta principio de prueba alguno de desvirtúe la titularidad reconocida a la instante.

En tal sentido, y sobre la cuestión de la legitimación del socio minoritario, ha tenido ocasión de pronunciarse reiteradamente esta Dirección General manteniendo que es suficiente la aportación de un principio de prueba para entenderla acreditada, pues se estima que el artículo 351.2 Reglamento del Registro Mercantil 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». Es por tanto a la sociedad a la que corresponde desvirtuar dicho principio de prueba, aportando, a su vez, prueba suficiente como para deducir que el solicitante no ostentaba, en el momento de la solicitud, la legitimación que alegó. Con ello se pretende no introducir un desequilibrio en el principio de igualdad jurídica de las partes intervinientes en el procedimiento.

Resulta, por tanto, del expediente un principio de prueba de la titularidad del solicitante sobre un porcentaje superior al 5% de las participaciones sociales, conforme a la propia escritura de constitución de la sociedad.

Por todo ello, debe concluirse que la sociedad no ha desvirtuado el principio de prueba de la legitimidad del solicitante debiendo ser desestimado el presente recurso. Lo anterior, unido al cumplimiento por parte del solicitante 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 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 2019.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Asturias, doña Concepción Solance del Castillo, de fecha 29 de junio de 2020, por la que resolvió desestimar la oposición y acordó la procedencia del 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 pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 28 de septiembre de 2020 (5.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 28 de septiembre de 2020 (6.ª)

En el expediente 63/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de socio de «Vesta 2000, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 17 de marzo de 2020 dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, en el que tuvo su entrada el día 31 del mismo mes, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Vesta 2000, S.L.» (en concreto, manifiesta ser titular de 100 participaciones sociales equivalente al 20% del capital social), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018. El día 2 de abril de 2020 presenta en el Registro Mer-

cantil de Barcelona nueva instancia subsanando la anterior, en el sentido de hacer constar el error material respecto del ejercicio del que se solicita el nombramiento de auditor ya que, en realidad, se refiere a los ejercicios 2018 y 2019.

II

Por oficio del Registro Mercantil de Barcelona de fecha 6 de abril de 2020 se da traslado a la sociedad de la solicitud presentada. La sociedad se opuso a la pretensión del socio por medio de escrito suscrito por doña ….., en su condición de administradora única de la mercantil, que tuvo su entrada en el Registro Barcelona de Madrid el día 25 de junio alegando, en esencia:

1.º Que la solicitud es extemporánea como consecuencia de la subsanación de la solicitud presentada el día 2 de abril.
2.º Que la solicitud no expresa la causa por la que socio minoritario inicia el expediente.
3.º Que la solicitud objeto del presente expediente manifiesta una evidente mala fe por parte del solicitante, generando, en caso de ser estimada, un coste económico.
4.º Que la sociedad carece de medios económicos para hacer frente a los costes de la auditoría solicitada.

III

El registrador mercantil de Barcelona XV, don Jesús María Ducay López, dictó resolución de fecha 1 de julio de 2020, por la que acordó no admitir la oposición y estimar la solicitud de nombramiento de auditor presentada «únicamente para la revisión de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019».

IV

Doña ….., en nombre y representación de la sociedad, en su condición de administradora única de la mercantil, por escrito de fecha 30 de julio de 2020, que tuvo su entrada el día 3 de agosto en el Registro Mercantil de Barcelona, 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. Como cuestión previa, es preciso señalar que el objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que, en este caso, 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 un socio que reúna al menos el 5% del capital en la sociedad en cuestión. Así, el artículo citado dispone que «en las sociedades que no estén obligadas a someter las cuentas anuales a verificación por un auditor, los socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social podrán solicitar del registrador mercantil del domicilio social que, con cargo a la sociedad, nombre un auditor de cuentas para que efectúe la revisión de las cuentas anuales de un determinado ejercicio siempre que no hubieran transcurrido tres meses a contar desde la fecha de cierre de dicho ejercicio». Por tanto, la competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones o conflictos entre los socios e interesados, que se desprenden de los escritos de alegaciones, recurso y documentos que se acompañan, que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la constitución española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

2. No puede estimarse el recurso interpuesto por los motivos alegados por la sociedad. En primer lugar, respecto de la extemporaneidad de la solicitud hay que comenzar por recordar lo que disponen los artículos 253.1 y 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Así, el primero de los artículos citados establece que «los administradores de la sociedad están obligados a formular, en el plazo máximo de tres meses contados a partir del cierre del ejercicio social, las cuentas anuales, el informe de gestión, que incluirá, cuando proceda, el estado de información no financiera, y la propuesta de aplicación del resultado, así como, en su caso, las cuentas y el informe de gestión consolidados». Por su parte, el artículo 265.2 del Texto Refundido señalado dispone que «en las sociedades que no estén obligadas a someter las cuentas anuales a verificación por un auditor, los socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social podrán solicitar del registrador mercantil del domicilio social que, con cargo a la sociedad, nombre un auditor de cuentas para que efectúe la revisión de las cuentas anuales de un determinado ejercicio siempre que no hubieran transcurrido tres meses a contar desde la fecha de cierre de dicho ejercicio».

Por otro lado, por la Disposición final 8.ª del Real Decreto-Ley 19/2020, de 26 de mayo, se han modificado los apartados 3 y 5 del artículo 40 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, viniendo a establecer que la obligación de formular las cuentas anuales, ordinarias o abreviadas, individuales o consolidadas, en el plazo de tres meses a contar desde el cierre del ejercicio social queda suspendida hasta el 1 junio de 2020, reanudándose de nuevo por otros tres meses a contar desde esa fecha. En este sentido, la Resolución de la Direc-

ción General de Seguridad Jurídica y Fe Pública 5 de junio de 2020, citada en los vistos, señala que «…la nueva redacción del precepto fija un día concreto, el día 1 de junio de 2020, para el inicio del cómputo del plazo de tres meses para la formulación de las cuentas anuales correspondientes al último ejercicio cerrado por una sociedad de capital y fija el plazo de dos meses desde su transcurso para la aprobación de las cuentas anuales formuladas. Esta Dirección General considera que el plazo se computa en los mismos términos en que se computa el plazo previsto en la Ley de Sociedades de Capital para la formulación de las cuentas, para su aprobación por la junta general y para su depósito en el Registro Mercantil. Al igual que ocurre en el supuesto de cierre de ejercicio social en que el primer día para la formulación de las cuentas es el siguiente al último del mes correspondiente al fin del ejercicio, 1 de enero para las sociedades cuyo cierre se produce el 31 de diciembre de cada año, la norma a que se refiere la consulta fija el día 1 de junio de 2020 como día inicial para el cómputo del plazo de tres meses para la formulación de las cuentas, siendo el día final o *dies ad quem*, el día 31 de agosto de 2020. A los plazos restantes se les aplica la misma lógica, a salvo lo que se dirá para el cierre de la hoja social…». Continúa afirmando la Dirección General en la consulta en cuestión que «Esta es la interpretación más acorde con la legislación ordinaria y con la propia exposición de motivos del Real Decreto-Ley 19/2020, de 26 de mayo que se expresa en los siguientes términos: «*Adicionalmente, se reduce de tres a dos meses el plazo para aprobar las cuentas anuales desde la formulación, con lo que las empresas dispondrán antes de unas cuentas aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil y se armoniza dicho plazo para todas las sociedades, sean o no cotizadas, en modo tal que todas deberán tener las cuentas aprobadas dentro de los diez primeros meses del ejercicio.*».

Estas mismas razones de interpretación acorde con la legislación citada y analogía –art. 4.1 del Código Civil– llevan consigo que en el caso que nos ocupa, de solicitud efectuada conforme al artículo 265.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, se considere que el plazo de tres meses a contar desde el cierre del ejercicio social quede suspendido hasta el 1 junio de 2020 y que, en consecuencia, dicho plazo se inicie en tal fecha y concluya el 31 de agosto de 2020. Es más, la propia resolución de consulta llega a afirmar, como ya se ha expresado que «A los plazos restantes se les aplica la misma lógica, a salvo lo que se dirá para el cierre de la hoja social». En definitiva, suspendido el plazo en los términos expresados hasta el 1 de junio de 2020 y presentado el escrito de solicitud de nombramiento de auditor con fecha 31 de marzo y subsanado por instancia presentada el día 2 de abril, es evidente que se encuentra presentado el mismo tempestivamente.

3. En relación a la alegación de mala fe y al abuso de derecho por parte del socio solicitante, además de los motivos económicos que más adelante se analizarán, no pueden imponerse al derecho individual del socio a que las cuentas del ejercicio sean objeto de auditoría.

Así, es doctrina consolidada de esta Dirección que siendo indiscutible que nuestro ordenamiento jurídico no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo por lo que el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización de buena fe (art. 7 del Código Civil), también lo es que la apreciación de tales circunstancias resulta imposible en un procedimiento como el presente cuyo limitado conocimiento material y competencial lo impide, sin perjuicio del derecho de los interesados a acudir a los Tribunales de Justicia en defensa de su posición jurídica (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010 y 11 de marzo de 2014, entre otras).

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

Directamente relacionado con lo anterior, el interés del socio que reclama el nombramiento de auditor no es ni puede ser objeto de valoración en el estrecho ámbito de este expediente. Como es doctrina reiterada (*vide* resoluciones de 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010, entre otras), el objeto de este procedimiento se limita a determinar si concurren o no los requisitos legales para la procedencia de nombramiento de auditor a instancia de la minoría sin que dentro de su estrecho cauce pueda pretenderse el conocimiento de otras materias reservadas a otras Administraciones o a los Tribunales de Justicia (arts. 354.3 y 359 del Reglamento del Registro Mercantil). Si la parte recurrente plantea cuestiones que tienen por objeto la valoración de la conducta de las solicitantes debe actuar en la instancia que en cada caso sea competente sin que puedan impedir que las socias ejerciten debidamente el derecho que les 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. En cuanto al motivo de alegación basado en el coste económico que la petición comporta para la sociedad, en concreto, como resulta del escrito de recurso, que la utilización del mecanismo del 265.2 de la LSC por el solicitante busca generar una carga o gravamen económico para la sociedad que «carece actualmente de la tesorería necesaria para hacer frente a los gastos que conlleva la 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, gastos innecesarios que la petición comportaría para la sociedad o, como es el presente caso, la expresa alegación de generar una carga o gravamen como consecuencia de las desavenencias sociales existentes (art. 267 de la Ley de Sociedades de Capital), no pueden ser estimadas, 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.

5. Por último, y respecto del motivo alegado consistente en la inexpresión de la causa de la solicitud, 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).

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 2019.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil Barcelona, don Jesús María Ducay López, de fecha 1 de julio de 2020, por la que acordó no admitir la oposición y estimar la solicitud de nombramiento de auditor presentada para las cuentas correspondientes al ejercicio 2019.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 28 de septiembre de 2020 (6.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 28 de septiembre de 2020 (7.ª)

En el expediente 64/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Grúas y Maquinaria, S.A.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 27 de marzo de 2020, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 30 del mismo mes, en el que solicitó al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, y como titular de más del 5% del capital social de la mercantil «Grúas y Maquinaria, S.A.», (manifiesta concretamente que es titular de 225 acciones que equivalen al 20% del capital social), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018. Dicha solicitud es aclarada posteriormente por escrito presentado en el Registro Mercantil de Madrid el día 17 de julio de 2020 indicando que la solicitud se refería a las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil en el domicilio social por resolución de fecha 23 de junio de 2020. La mercantil atiende dicho requerimiento mediante escrito de fecha 3 de julio, que es presentado el mismo día en el Registro Mercantil de Madrid.

Tal requerimiento es atendido por doña ….., presidenta del consejo de administración de la sociedad, por escrito de fecha 3 de julio de 2020, del que resulta que el solicitante es titular de las referidas 225 acciones, si bien las mismas representan el 9% del capital social.

III

El registrador mercantil de Madrid XIII, don Juan Sarmiento Ramos, dictó resolución de fecha 20 de julio de 2020 por la que resolvió desestimar la oposición y acordó la procedencia del nombramiento al no afectar la manifestación contenida en el escrito de alegaciones a la pretensión del solicitante.

IV

Doña ….., presidenta del consejo de administración de la sociedad, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 20 de julio de 2020, solicitando exclusivamente que se reconozca que el solicitante es titular de «225 acciones, y su porcentaje de participación en el capital social es del 9%», sin negar su legitimación para iniciar este expediente.

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

2. En el presente expediente el recurso planteado no puede prosperar ya que se cumplen de manera evidente los requisitos anteriormente indicados, al ser objeto de controversia exclusivamente el porcentaje de participación que el solicitante ostenta en el capital social de la mercantil. En cualquier caso, tanto si las 225 acciones que ambas partes reconocen como titularidad del solicitante, representan el 20% o el 9% del mismo, queda acreditado el requisito legalmente previsto de que sea titular de al menos el 5% del capital social.

En tal sentido, y sobre la cuestión de la legitimación del socio minoritario, ha tenido ocasión de pronunciarse reiteradamente esta Dirección General manteniendo que es suficiente la aportación de un principio de prueba para entenderla acreditada, pues se estima que el artículo 351.2 Reglamento del Registro Mercantil 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». Es por tanto a la sociedad a la que corresponde desvirtuar dicho principio de prueba, aportando, a su vez, prueba suficiente como para deducir que el solicitante no ostentaba, en el momento de la solicitud, la legitimación que alegó. Con ello se pretende no introducir un desequilibrio en el principio de igualdad jurídica de las partes intervinientes en el procedimiento.

Resultando del expediente de manera indubitada la titularidad del solicitante sobre un porcentaje superior al 5% de las acciones, 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 2019.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid XIII, don Juan Sarmiento Ramos, de fecha 20 de julio de 2020, por la que resolvió desestimar la oposición y acordó la procedencia del 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 pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 28 de septiembre de 2020 (7.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 28 de septiembre de 2020 (8.ª)

En el expediente 68/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Frutas Mary-Pili, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 13 de marzo (sic) de 2020, dirigido al Registro Mercantil de Alicante, en el que tuvo su entrada el día 12 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 «Frutas Mary-Pili, S.L.» (concretamente titular del 25%), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

II

El registrador mercantil de Alicante III, don José Manresa García, dio traslado de la anterior solicitud a la mercantil por resolución de fecha 4 de junio de 2020, a los efectos, en su caso, de formalizar oposición al nombramiento solicitado.

III

Por medio de escrito de fecha 6 de julio de 2020, que tuvo su entrada en la oficina de correos de Cox el día 7 del mismo mes, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando, en esencia, tener ya auditor nombrado e inscrito para el ejercicio solicitado.

IV

El registrador mercantil de Alicante III, don José Manresa García, dictó resolución de fecha 13 de julio de 2020 por la que acordó estimar la oposición y, en consecuencia, la improcedencia del nombramiento de auditor solicitado al constar ya nombrado e inscrito auditor voluntario de la mencionada sociedad para el ejercicio 2019, según resulta de la inscripción octava de la hoja social, practicada el día 11 de febrero de 2019, de la que resulta el nombramiento del auditor «AR Soluciones Audita, S.L.P.» para los ejercicios 2018 a 2021.

V

Don ….. interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución registral de fecha 13 de julio de 2020, alegando la incompatibilidad y falta de independencia del auditor nombrado a instancia de la mercantil y debidamente inscrito en la hoja social.

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. En primer lugar, y desde el punto de vista formal, hay que tener en cuenta que el objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital prevé para que se acuerde la pertinencia del nombramiento de auditor a instancia de la minoría. La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la constitución española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial). 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 cuanto al fondo del 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 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 auditoria 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, como es el caso del presente expediente, 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 12 de marzo de 2020 y, por otro, que ha sido nombrado auditor voluntario para los ejercicios del 2018 al 2021 con carácter previo, en concreto con fecha 30 de diciembre de 2018, presentado a inscripción en el registro mercantil, así como que dicho nombramiento consta inscrito en la hoja social con fecha 11 de febrero de 2019, todo ello, según resulta del propio expediente.

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 a la solicitud como la inscripción en la hoja social de dicho nombramiento. 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 (art. 4.1 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas). Procedería por este mismo motivo la desestimación del recurso.

Por tanto, debe concluirse que ha quedado acreditado tanto el nombramiento anterior de auditor de manera voluntaria por la sociedad así como su presentación a inscripción en el Registro Mercantil con anterioridad, por lo que debe concluirse 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 de los socios minoritarios; b) que no existe indicio alguno que permita afirmar que la actuación de la sociedad ha tenido por finalidad defraudar el derecho de los solicitantes, 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. Si bien el recurrente alega la falta de independencia del auditor nombrado, 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 los interesados consideran que el nombramiento o 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 Alicante III, don José Manresa García, de fecha 13 de julio de 2020, por la que acordó estimar la oposición y, en consecuencia, la improcedencia del nombramiento de auditor solicitado al constar ya nombrado e inscrito auditor voluntario de la mencionada sociedad para el ejercicio 2019.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 28 de septiembre de 2020 (8.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 28 de septiembre de 2020 (9.ª)

En el expediente 69/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Forn Algemesí, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., en nombre y representación de la entidad «El Plaer de ma Vida, S.L.», presentó escrito de fecha 31 de marzo de 2020, dirigido al Registro Mercantil de Valencia, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, y como titular la citada «El Plaer de ma Vida, S.L.» de más del 5% del capital social de la mercantil «Forn Algemesí, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil en el domicilio social por resolución de fecha 11 de junio de 2020. La mercantil atiende dicho requerimiento mediante escrito de fecha 16 de junio, que es presentado el día 23 de junio en la oficina de correos de l´Alcudia, sin resultar identificado quién es el firmante del mismo. Mediante resolución de fecha 30 de junio de 2020 el registro mercantil de Valencia requiere a la sociedad para que subsane dicho defecto, identificando a la persona que suscribe dicho escrito de alegaciones.

Tal requerimiento es atendido por don ….., administrador único de la sociedad, por escrito de fecha 3 de julio de 2020, reiterando la alegación de falta de legitimación del solicitante al no ostentar la condición de socio. No aporta documento alguno probatorio de la referida alegación.

III

El registrador mercantil de Valencia V, don José Luis Gómez Fabra Gómez, dictó resolución de fecha 27 de julio de 2020 por la que resolvió desestimar la oposición y acordó la procedencia del nombramiento solicitado puesto que «corresponde a la sociedad desvirtuar dicho principio de prueba». Se acompaña al expediente copia de la inscripción de la hoja social de la mercantil «Forn Algemeí, S.L.», de la que resulta que la sociedad «El Plaer de ma Vida, S.L.» es titular de cuarenta y una mil participaciones sociales de las ochenta mil en que se divide el capital social de la primera.

IV

Don ….., en su condición de administrador único de la mercantil, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 27 de julio de 2020, reite-

rando la falta de legitimación del solicitante, sin aportar de nuevo principio alguno de prueba que confirme tal manifestación.

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. En primer lugar, y desde el punto de vista formal, hay que tener en cuenta que el objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital prevé para que se acuerde la pertinencia del nombramiento de auditor a instancia de la minoría. La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la constitución española en relación a los arts. 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial). 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 no puede prosperar por el motivo anteriormente referido.

En primer lugar, no ha quedado desvirtuada la legitimidad del solicitante puesto que la propia mercantil en ningún momento desvirtúa el principio de prueba de la titularidad aportado al expediente, como es copia del historial registral de la mercantil, limitándose a negarlo de manera abstracta.

Así, en el caso de este expediente, y según resulta del mismo, la sociedad solicitante resulta titular de cuarenta mil participaciones sociales conforme a la escritura de constitución, manifestado la sociedad requerida que las mismas fueron transmitidas, manifestación carente de indicio probatorio alguno.

Por tanto, la sociedad simplemente manifiesta la carencia de legitimación activa para iniciar el presente expediente por parte del solicitante alegando que el solicitante carece de la condición de socio, negando su legitimación al efecto.

En tal sentido, y sobre la cuestión de la legitimación del socio minoritario, ha tenido ocasión de pronunciarse reiteradamente esta Dirección General

manteniendo que es suficiente la aportación de un principio de prueba para entenderla acreditada, pues se estima que el artículo 351.2 Reglamento del Registro Mercantil 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». Es por tanto a la sociedad a la que corresponde desvirtuar dicho principio de prueba, aportando, a su vez, prueba suficiente como para deducir que el solicitante no ostentaba, en el momento de la solicitud, la legitimación que alegó. Con ello se pretende no introducir un desequilibrio en el principio de igualdad jurídica de las partes intervinientes en el procedimiento.

Resulta del expediente un principio de prueba por escrito de la titularidad del solicitante sobre un porcentaje superior al 5% de las participaciones sociales, conforme a la inscripción primera de la hoja social de constitución de la sociedad.

Por todo ello, debe concluirse que la sociedad no ha desvirtuado el principio de prueba de la legitimidad del solicitante debiendo ser desestimado el presente recurso. Lo anterior, unido al cumplimiento por parte del solicitante 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 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 2019.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Valencia V, don José Luis Gómez Fabra Gómez, de fecha 27 de julio de 2020, por la que resolvió desestimar la oposición y acordó la procedencia del 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 pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 28 de septiembre de 2020 (9.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 1 de octubre de 2020 (1.ª)

En el expediente 67/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Inmobiliaria Juventa Sevilla, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 30 de marzo de 2020 dirigido al Registro Mercantil de Sevilla, en el que tuvo su entrada el día 31 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 «Inmobiliaria Juventa Sevilla, S.L.» (en concreto, manifiesta ser titular del 10,95%,), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

II

Por oficio del Registro Mercantil de Sevilla de fecha 10 de junio de 2020 se da traslado a la sociedad de la solicitud presentada. La sociedad se opuso a la pretensión del socio por medio de escrito suscrito por don …..., en su condición de administrador único de la mercantil, que tuvo su entrada en el Registro Mercantil de Sevilla el 16 de julio del mismo año alegando, en esencia, conflictos personales y cuestiones económicas, de forma que la entidad no tiene posibilidad en estos momentos de sufragar la correspondiente auditoría.

III

El registrador mercantil de Sevilla II, don Juan José Pretel Serrano, dictó resolución de fecha 2 de julio de 2020, por la que acordó no admitir la oposición y estimar la solicitud de nombramiento de auditor presentada.

IV

Don ….., en su condición de administrador único de la mercantil, por escrito de fecha 3 de agosto de 2020 que tuvo su entrada el día 7 de agosto del mismo año en el Registro Mercantil, 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. Como cuestión previa, es preciso señalar que el objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que, en este caso, 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 un socio que reúna al menos el 5% del capital en la sociedad en cuestión. Así, el artículo citado dispone que «en las sociedades que no estén obligadas a someter las cuentas anuales a verificación por un auditor, los socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social podrán solicitar del registrador mercantil del domicilio social que, con cargo a la sociedad, nombre un auditor de cuentas para que efectúe la revisión de las cuentas anuales de un determinado ejercicio siempre que no hubieran transcurrido tres meses a contar desde la fecha de cierre de dicho ejercicio». Por tanto, la competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones o conflictos entre los socios e interesados, que se desprenden de los escritos de alegaciones y recurso y que, por su naturaleza, compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la constitución española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

2. En cuanto al motivo de alegación basado en el coste económico que la petición comporta para la sociedad, en concreto, como resulta del escrito de alegaciones y recurso, que la entidad no tiene posibilidad en estos momentos de sufragar la correspondiente 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, gastos innecesarios que la petición comportaría para la sociedad o, como es el presente caso, la expresa alegación de que la entidad no tiene posibilidad en estos momentos de sufragar la correspondiente auditoría (art. 267 de la Ley de Sociedades de Capital), no pueden ser estimadas, 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 2019.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Sevilla II, don Juan José Pretel Serrano, de fecha 2 de julio de 2020, 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 pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 01 de octubre de 2020 (1.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 5 de octubre de 2020 (1.ª)

En el expediente 41/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Aragones Transportes, S.L.».

HECHOS

I

Don …..presentó escrito de fecha 11 de marzo de 2020 dirigido al Registro Mercantil de Tarragona, en el que tuvo su entrada el mismo día 11 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 «Aragones Transportes, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

II

Por el registro mercantil de Tarragona se dio traslado de la anterior solicitud a la mercantil por resolución de fecha 12 de marzo de 2020, para que, en caso de considerarlo oportuno, ejercitara su derecho de oposición conforme al artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil.

III

La sociedad se opuso a la pretensión del socio por medio de escrito de fecha 3 de junio de 2020, que tuvo su entrada en el Registro Mercantil el día 5 del mismo mes de junio, suscrito por Antoni Aragonés Gil, en nombre y representación de la mercantil, alegando, en esencia, tener ya auditor voluntario nombrado para el ejercicio solicitado.

IV

El registrador mercantil de Tarragona I, don Juan enrique Ballester Colomer, dictó resolución de fecha 12 de junio de 2020, por la que resuelve la procedencia del nombramiento solicitado ya que, si bien el nombramiento por parte de la sociedad es anterior a la solicitud, no se ha garantizado el derecho del socio al informe de auditoría puesto que no se ha procurado su inscripción ni se ha incorporado informe alguno a este expediente.

V

Don ….., en nombre y representación de la mercantil, mediante escrito de fecha 3 de junio de 2020 (sic) interpuso recurso contra dicha resolución de 12 de junio de 2020, reiterando los argumentos de su escrito de oposición, en esencia, tener ya auditor voluntario nombrado para el ejercicio solicitado, desde el 4 de noviembre de 2019, por tanto, con anterioridad a la presentación de solicitud de nombramiento de auditor y no poder garantizar el derecho del socio mediante entrega del informe de auditoría o aportación al expediente debido, entre otras razones, a la incidencia del Covid-19, sin embargo, sigue afirmando el recurrente, en un plazo breve de tiempo será aportado a este expediente solicitando sea elevado a esta DGRN (sic).

Por otra parte, y según se desprende del expediente obrante en esta Dirección General, tanto de la resolución registral, como del escrito de recurso, con fecha 24 de abril de 2020

fue presentada documentación al efecto de nombramiento de auditor de cuentas el cual fue calificado con defectos con fecha 27 de abril del corriente año. No estando inscrito dicho nombramiento a fecha de la interposición del recurso, como reconoce el propio recurrente, según manifiesta, «por defectos que, en el momento que sean subsanados, supondrán la inscripción automática del nombramiento».

VI

Con posterioridad a la interposición del recurso, por medio de oficio de esta Dirección General de fecha 13 de agosto de 2020, y no habiéndose realizado durante la tramitación del procedimiento, actuaciones complementarias del artículo 87 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en virtud del artículo 118.1, se concedió un plazo de quince días para que para que se justifique la inscripción en el Registro Mercantil del nombramiento o la entrega del informe de verificación de las cuentas correspondientes al ejercicio 2018 a los socios solicitantes o al registro, en cuyo caso rogamos se nos remita. En caso contrario, se procederá a dictar resolución de acuerdo al contenido del expediente antes expresado y antes de la resolución del mismo.

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. 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 auditoria 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. Ninguna de las tres circunstancias anteriores resulta acreditada en el expediente obrante en esta Dirección General.

2. En el presente expediente resulta por un lado que el socio presenta su solicitud en el registro mercantil con fecha 16 de junio de 2020 y, por otro, que la sociedad manifiesta que nombró auditor voluntario para el mismo ejercicio con carácter anterior a la solicitud con fecha 9 de diciembre de 2019, nombramiento que fue presentado en el registro mercantil con fecha 8 de julio de 2020, calificado con defectos con fecha 15 de julio de 2020, y sin que resulte del expediente obrante en esta Dirección General haberse cumplido ninguna de las tres circunstancias más arriba dichas que enervarían la procedencia de designación de auditor por el registrador mercantil al encontrarse en esos casos suficientemente protegido el interés del socio solicitante.

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, podría llegar a quedar acreditado el nombramiento voluntario de auditor, no así su inscripción en el Registro Mercantil, de modo 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 pueden enervar la procedencia de designación de auditor por el registrador mercantil, y nada de ello resulta acreditado en el expediente obrante en esta Dirección General. 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 cualesquiera otras cuestiones, reservadas, en su caso, al correspondiente procedimiento judicial.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Tarragona I, don Juan Enrique Ballester Colomer, de fecha 12 de junio de 2020, por la que resuelve la

procedencia del nombramiento solicitado, dado que dicho nombramiento no consta inscrito en el registro mercantil, ni se ha acreditado la aportación al expediente del informe de verificación ni su entrega al socio solicitante, todo ello 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 pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 5 de octubre de 2020 (1.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 5 de octubre de 2020 (2.ª)

En el expediente 47/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Pool Jardin, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 18 (*sic*) de junio de 2020 dirigido al Registro Mercantil de Valencia, en el que tuvo su entrada el día 16 del mismo mes, en el que solicitó, en nombre y representación de don ….., como apoderado del mismo, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Pool Jardin, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

II

Por el registro mercantil de Valencia se dio traslado de la anterior solicitud a la mercantil por resolución de fecha 23 de junio de 2020, para que, en caso de considerarlo oportuno,

ejercitara su derecho de oposición conforme al artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil.

III

La sociedad se opuso a la pretensión del socio por medio de escrito de fecha 1 de julio de 2020 que tuvo su entrada en el Registro Mercantil el día 2 del mismo mes de julio alegando, en esencia, tener ya auditor voluntario nombrado para el ejercicio solicitado.

IV

La registradora mercantil de Valencia VI, doña Isabel Querol Sancho, dictó resolución de fecha 8 de julio de 2020, por la que resuelve requerir a la mercantil para que en el plazo de diez días se acrediten las condiciones siguientes: en primer lugar que el nombramiento voluntario haya sido previo a la solicitud y en segundo lugar se haya garantizado ineludiblemente al socio minoritario la existencia de dicha auditoría en cualquiera de las siguientes formas: inscripción del nombramiento en el Registro, entrega del informe al socio solicitante o incorporación del mismo al expediente. Contra dicha resolución las partes podrían interponer recurso ante esta Dirección General en los términos que resultan de la propia resolución registral.

V

Don ….. presentó escrito de fecha 15 de julio de 2020 dirigido al Registro Mercantil de Valencia, en el que tuvo su entrada el día 16 del mismo mes, en el que, en nombre y representación de don ….., como apoderado del mismo, interpuso recurso contra dicha resolución, aduciendo, en esencia, que la sociedad no tiene auditor designado ni así resulta del registro, ni ha recibido el informe de auditoría. Reitera el recurrente su solicitud de auditor externo al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, y su condición de socio minoritario que reúne el 33,33 % del accionariado de la mercantil.

VI

Con posterioridad a la interposición del recurso antes expresado y antes de la resolución del mismo, con fecha 4 de agosto de 2020 tiene entrada en esta Dirección General remisión de documentación por parte del registrador mercantil de Valencia VI, don Carlos Javier Orts Calabuig, consistente en certificación de nombramiento de auditores de fecha 9 de diciembre de 2019 suscrita por el administrador único de la mercantil «Pool Jardin, S.L.» don ….., nota de suspensión de inscripción de dicha certificación de fecha 15 de julio de 2020 firmada por la registradora mercantil de Valencia VI, doña Isabel Querol Sancho, así como carta de aceptación suscrita por don …..con fecha 10 de diciembre de 2019 como socio de la entidad «RSM Spain Auditores, S.L.P».

VII

Asimismo, con posterioridad a la interposición del recurso, por medio de oficio de esta Dirección General de fecha 13 de agosto de 2020, y no habiéndose realizado durante la tramitación del procedimiento, actuaciones complementarias del artículo 87 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en virtud del artículo 118.1, se concedió un plazo de quince días para que para que se justifique la inscripción en el Registro Mercantil del nombramiento o la entrega del informe de verificación de las cuentas correspondientes al ejercicio 2018 a los socios solicitantes o al registro, en cuyo caso rogamos se nos remita. En caso contrario, se procederá a dictar resolución de acuerdo al contenido del expediente antes expresado y antes de la resolución del mismo.

VIII

Con fecha 3 de octubre de 2020 tiene entrada en esta Dirección General oficio remitido por el registro mercantil de Valencia, al que se adjunta copia de la inscripción de nombramiento de auditor voluntario para el ejercicio 2019 en la mercantil «Pool Jardin S.L.», a los efectos de complementar la documentación correspondiente al recurso interpuesto al expediente A47/2020 sobre solicitud de nombramiento de auditor conforme al artículo 265.2 de 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. Vuelve a plantearse ante esta Dirección una cuestión sobre la que ha tenido ocasión de pronunciarse de modo reiterado por lo que procede aplicar la doctrina al efecto elaborada. De acuerdo con dicha doctrina (resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012, 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, 13 de mayo,17 de junio de 2014 y de 24 de septiembre de 2015 entre otras muchas), este Centro Directivo ha mantenido que la finalidad del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital es la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la estructura empresarial, para lo cual dicho artículo reconoce y

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

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

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

Ahora bien, para que la auditoria 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. Ninguna de las tres circunstancias anteriores resulta acreditada en el expediente obrante en esta Dirección General.

2. En el presente expediente resulta por un lado que el socio presenta su solicitud en el registro mercantil con fecha 16 de junio de 2020 y, por otro, que la sociedad manifiesta que nombró auditor voluntario para el mismo ejercicio con carácter anterior a la solicitud con fecha 9 de diciembre de 2019, nombramiento que fue presentado en el registro mercantil con fecha 8 de julio de 2020, calificado con defectos con fecha 15 de julio de 2020 y, finalmente, inscrito con fecha 2 de septiembre de 2020, causando la inscripción 15.ª de la hoja social, todo ello, según resulta del propio expediente obrante en esta Dirección General.

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 debe prosperar ya que ha quedado acreditado en el expediente la inscripción del nombramiento voluntario en la hoja social correspondiente. 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).

Además, debe tenerse en cuenta en este expediente que, como consecuencia de la presentación de la documentación oportuna, y como resulta de los antecedentes de hecho, dicha presentación concluyó con la oportuna inscrip-

ción en la hoja social, por la que se procedió a la inscripción del nombramiento de auditor de cuentas para el ejercicio 2019

Por tanto, debe concluirse que ha quedado acreditado tanto el nombramiento anterior de auditor de manera voluntaria por la sociedad así como su presentación y posterior inscripción en el Registro Mercantil, por lo que debe concluirse 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 de los socios minoritarios; b) que no existe indicio alguno que permita afirmar que la actuación de la sociedad ha tenido por finalidad defraudar el derecho de los solicitantes, 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. 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 los interesados consideran que el nombramiento o 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, confirmar la resolución de la registradora mercantil de Valencia VI, doña Isabel Querol Sancho, de fecha 8 de julio de 2020 y, en consecuencia, la improcedencia del nombramiento de auditor solicitado al constar ya nombrado e inscrito auditor voluntario de la mencionada sociedad para el ejercicio 2019, todo ello 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 pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio,

del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 5 de octubre de 2020 (2.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 13 de octubre de 2020 (1.ª)

En el expediente 44/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Servicios Agrícolas Integrados Vega Baja ETT, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presenta escrito de fecha 18 de marzo de 2020, dirigido al registro mercantil de Alicante, en el que tuvo su entrada el día 27 de marzo de 2020, en el que solicitó, al 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 100% del capital social de la mercantil «Servicios Agrícolas Integrados Vega Baja ETT, S.L.», dada, según manifiesta, la naturaleza ganancial de las participaciones sociales, el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019. Manifiesta la interesada, asimismo, que se encuentra casada en régimen de gananciales con don ….. y que, constante matrimonio, se constituyó la indicada sociedad, «siendo suscritas la totalidad de las participaciones sociales por el citado».

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 16 de abril de 2020 en el domicilio social, formulando oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito presentado el día 4 de junio de 2020. En dicho escrito se alega como motivo esencial de la improcedencia del nombramiento de auditor la falta de legitimación de la solicitante por no ostentar la cualidad de socio de la mercantil en cuestión, ya que la misma es el cónyuge de don ….. siendo su régimen matrimonial el de gananciales, aportando copia del Libro de Socios, del que resulta que el titular de la totalidad de las participaciones es el citado don

…..; siendo que es el único que ostenta los derechos de socio conforme al artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital.

III

El registrador mercantil de Alicante III, don José Manresa García, dictó resolución de fecha 8 de junio de 2020 por la que acordó «estimar la oposición planteada por la sociedad contra la solicitud de nombramiento de auditor de cuentas presentada por Doña ….. y no proceder al nombramiento de auditor solicitado.

IV

Don ….., en nombre y representación de Doña ….., interpuso recurso ante esta Dirección General contra dicha resolución de fecha 8 de junio de 2020, alegando, resumidamente, que el razonamiento de dicha resolución registral es contrario a derecho y genera indefensión para el cónyuge parte de la sociedad de gananciales que no figura como titular de las participaciones en el Libro Registro de Socios, por el mero hecho de que en el mismo únicamente figure uno de ellos, de forma que siendo ambos, a juicio de del recurrente, titulares en el mismo prisma de las participaciones sociales como titulares de la sociedad de gananciales, uno de ellos puede ejercer unas acciones en perjuicio del otro, lo que contraviene los principios de igualdad y coherencia de nuestro ordenamiento jurídico, dejando en situación de desamparo a una de los titulares de la citada comunidad de gananciales. El recurrente cita la jurisprudencia que tiene por conveniente e insiste, finalmente, en que la interpretación que ahora realiza la DGRN (sic) genera indefensión al comunero de la sociedad de gananciales que no figura como socio en el Libro Registro de Socios de la mercantil.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. 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 en supuesto de comunidad postganancial.

2. 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.

3. 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 (art. 27 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada), o que se acredite frente a la sociedad, mediante documento público o escritura pública, que se es titular de los derechos políticos derivados de dichas participaciones (art. 26 de la Ley especial)». Y continúa: «El hecho de que el titular de las participaciones sociales, como ocurre en el caso de autos, se halle casado bajo el régimen de sociedad de gananciales, no hace más que otorgar una serie de derechos al cónyuge no titular sobre el valor económico de tales participaciones a percibir dividendos, a una cuota determinada del valor de realización de las participaciones al momento de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, pero no le otorga derechos políticos frente a la sociedad salvo representación del titular (art. 49 de la Ley especial). Pero es que, aunque no fuera así y se considerara la existencia de una cotitularidad compartida sobre las participaciones, entraría en juego lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley especial, para supuestos de cotitularidad o copropiedad de participaciones, esto es, los cónyuges copartícipes habrían de designar una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio, designación que debería notificarse a la sociedad previamente a la Junta e inscribirse en el Libro Registro de socios, en aras de la seguridad jurídica y en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 26 y 27 de la Ley especial ya citados.»

Y con toda contundencia la Audiencia Provincial de Murcia en su sentencia de 19 de octubre de 2004: «…los títulos valores tienen dos facetas, una patrimonial y otra societaria, la primera comprendería la relación interna, esto es, la titularidad real, que en este caso es la sociedad ganancial, y la segunda afecta a su vertiente externa, la actuación frente a terceros, en que necesariamente ha de intervenir una sola persona física o jurídica…» Y termina: «Además, la solución es coherente con lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, que expresamente ordena que, en los supuestos de cotitularidad de derechos sobre participaciones, los cotitulares habrán de designar a una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio. Esta tesis viene confirmada por la Dirección General de Registros y del Notariado, en resolución de 25 de mayo de 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.»

4. De la anterior doctrina jurisdiccional pueden deducirse las siguientes conclusiones:

a) La condición de socio va unida a la titularidad de acciones o participaciones.

b) El ejercicio de los derechos inherentes a la condición de socio corresponde al titular de acciones o participaciones a salvo los supuestos de representación.

c) El carácter ganancial de las acciones o participaciones de un socio no altera este esquema de cosas sin perjuicio de las consecuencias patrimoniales entre cónyuges y del ejercicio de las acciones que pudieran corresponder en supuestos de fraude o daño (arts. 1390 y 1391 del Código Civil).

d) En caso de cotitularidad de acciones o participaciones sociales, los cotitulares deben designar a una sola persona para el ejercicio de los derechos inherentes a la condición de socio conforme al artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital (*vide* sentencia 727/2012 de 8 noviembre de la Audiencia Provincial de Murcia en cuanto a los límites del mandato). Cuando las participaciones o acciones pertenecen a ambos cónyuges con carácter ganancial se aplica la misma regla (*vide* sentencia 286/2013 de 11 diciembre de la Audiencia Provincial de Toledo).

5. 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.

6. 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 postganan-

cial 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.

7. 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).

8. De los hechos expuestos al principio de la presente resulta que las participaciones, si bien tienen carácter ganancial, fueron suscritas únicamente por el socio don ….., que es quien ostenta la cualidad de socio de la mercantil en cuestión, siendo de aplicación al caso del recurso las tres conclusiones más arriba expresadas, esto es: 1.º, que la condición de socio va unida a la titularidad de acciones o participaciones, recayendo la misma en don …..; 2.º, que el ejercicio de los derechos inherentes a la condición de socio corresponde al titular de acciones o participaciones a salvo los supuestos de representación, por tanto, dicho ejercicio corresponde a don ….., y 3.º, que el carácter ganancial de las acciones o participaciones de un socio –en este caso de don …..- no altera este esquema de cosas sin perjuicio de las consecuencias patrimoniales entre cónyuges y del ejercicio de las acciones que pudieran corresponder en supuestos de fraude o daño (arts. 1390 y 1391 del Código Civil).

Atendiendo a las circunstancias de hecho y a los Fundamentos de Derecho expuestos, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil Alicante III, don ….., de fecha 8 de junio de 2020 por la que acordó «estimar la oposición planteada por la sociedad contra la solicitud de nombramiento de auditor de cuentas presentada por Doña ….. y no proceder al nombramiento de auditor solicitado, 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 pone fin a la vía administrativa.

De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 13 de octubre de 2020 (1.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 13 de octubre de 2020 (2.ª)

En el expediente 45/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de dos socios de «Nova Avellaneda, S.L.».

HECHOS

I

Doña …..y don …..presentaron escrito dirigido al registro mercantil de Gerona, en el que tuvo su entrada el día 26 de marzo de 2020, en el que solicitaron, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, y como titulares del 25,63% del capital social de la mercantil «Nova Avellaneda, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

Con su escrito de solicitud aportan los solicitantes la documentación que estiman oportuna, entre ella, copia del testamento de su padre, don …

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil formulando oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito presentado el día 3 de junio de 2020 a través de sus administradores solidarios don …..y doña …... En dicho escrito se alega como motivo esencial de la improcedencia del nombramiento de auditor la falta de legitimación de los solicitantes por pertenecerles por herencia de su difunto padre y estar sujetas por imperativo del testador a la administración de los citados don …..y doña …..., según resulta de la cláusula tercera de su testamento, aportada por los propios solicitantes.

III

El registrador mercantil de Gerona I, don Jesús Garbayo Blanch, dictó resolución de fecha 10 de junio de 2020 por la que acordó desestimar la solicitud de nombramiento de auditor de cuentas, entendiendo que no están legitimados los solicitantes al estar sujetos por imperativo del testador a la administración de los hermanos del causante don …..y doña …..., no habiendo sido éstos removidos de sus cargos.

IV

Doña ….. y don ….., interpusieron recurso ante esta Dirección General contra dicha resolución de fecha 10 de junio de 2020, alegando, en esencia:

1.º Que los recurrentes, doña …..y don …..son personas mayores de edad con capacidad jurídica y de obrar plena, por lo que se hallan plenamente capacitados y facultados para ejercer sus derechos entre los que se encuentran los derechos inherentes a su condición de socios y, especialmente, el derecho de información (*sic*).

2.º Que la administración especial establecida por la disposición testamentaria a favor de los hermanos del causante, don ….. y doña ….., sólo puede entenderse referida a los actos de administración ordinaria de carácter patrimonial o económico, pero en ningún caso puede suponer privación de los recurrentes de su facultad de hacer valer sus derechos para proteger su patrimonio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 89, 107, 113, 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. Como cuestión previa, es preciso señalar que el objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que, en este caso, 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 un socio que reúna al menos el 5% del capital en la sociedad en cuestión. Así, el artículo citado dispone que «en las sociedades que no estén obligadas a someter las cuentas anuales a verificación por un auditor, los socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social podrán solicitar del registrador mercantil del domicilio social que, con cargo a la sociedad, nombre un auditor de cuentas para que efectúe la revisión de las cuentas anuales de un determinado ejercicio siempre que no hubieran transcurrido tres meses a contar desde la fecha de cierre de dicho ejercicio». Por tanto, la competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones o conflictos entre los socios e interesados, que se desprenden de los escritos de alegaciones y recurso y que, por su naturaleza, compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la constitución española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

2. Por lo que se refiere al fondo del recurso, se alega por los recurrentes, en resumen, hallarse plenamente capacitados y facultados para ejercer sus derechos entre los que se encuentran, en especial, el derecho de información (sic), así como que la administración especial establecida por la disposición testamentaria a favor de los hermanos del causante sólo puede entenderse referida a los actos de administración ordinaria de carácter patrimonial o económico, pero en ningún caso puede suponer privación de los recurrentes de su facultad de hacer valer sus derechos para proteger su patrimonio; el recurso no puede prosperar. Así, es doctrina general que tratándose de sucesión mortis causa la voluntad del testador es ley de la sucesión y, en este sentido, la disposición testamentaria es clara. En concreto, y después de instituir herederos por partes iguales a sus hijos ….. y …..en la cláusula segunda, la cláusula tercera del testamento de don …..viene a disponer que nombra administradores de los bienes de sus hijos antes citados hasta que cada uno de ellos llegue a la edad de 25 años a los hermanos del testador, don …..y doña ….., que actuarán con-

junta y sucesivamente; cláusula que, según se deduce del expediente, no ha sido anulada por los tribunales, ni los citados administradores han sido removidos.

En este sentido, se recuerda que el testamento es ley de la sucesión, que puede establecer el testador otras disposiciones además de ordenar su sucesión y que en materia interpretativa es preciso atenerse plenamente a la verdadera voluntad del testador, así lo establecen expresamente artículos como los 421-1, 421-2 y 421-6 del Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones.

A lo anterior, hay que añadir que, según los artículos 236-25, 236-26 de la Ley 25/2010, de 29 de julio del libro segundo del Código civil de Cataluña, «Artículo 236-25. Bienes excluidos de la administración. Además del caso de administración judicial determinado por el artículo 236-3.1, se excluyen de la administración de los progenitores los siguientes bienes y derechos: a) Los adquiridos por el hijo por donación o título sucesorio cuando el donante o el causante lo haya ordenado así de forma expresa, caso en que debe cumplirse estrictamente la voluntad expresada sobre la administración de estos bienes y sobre el destino de sus frutos. b) Los adquiridos por título sucesorio, si uno de los progenitores o ambos han sido desheredados justamente o han sido excluidos por causa de indignidad. c) Los adquiridos por el hijo, si tiene más de dieciséis años, con una actividad que genere beneficio. Artículo 236-26. Administración especial. 1. Los bienes y derechos a que se refiere el artículo 236-25 deben ser objeto de una administración especial a cargo de la persona designada por el donante o causante. A falta de designación, debe administrarlos el progenitor que no haya sido excluido, si procede, o, en último término, una persona designada por la autoridad judicial a tal efecto. 2. Los hijos que, con su actividad, adquieran bienes tienen, a partir de los dieciséis arios, la facultad de administrarlos con la asistencia de los progenitores en los supuestos a que se refiere el artículo 236-27.

Dicha administración, y con el límite temporal señalado, establecida expresamente por voluntad del testador priva por tanto a los herederos solicitantes, en este momento y hasta que alcancen la edad señalada por el testador, de su derecho a solicitar el nombramiento de auditor, por otra parte, derecho distinto al derecho de información a que se refieren en su recurso con el que no debe ser confundido.

Lo anterior, como ya se ha señalado en el punto 1 de estos fundamentos, sin perjuicio del derecho que a los solicitantes compete de que dichas cuestiones puedan ser conocidas por los Tribunales de Justicia por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, dadas las limitadas competencias de esta Administración en este procedimiento.

Atendiendo a las circunstancias de hecho y a los Fundamentos de Derecho expuestos, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Gerona I, don Jesús Garbayo Blanch, de fecha 10 de junio de 2020 por la que acordó desestimar la solicitud

de nombramiento de auditor de cuentas, 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 pone fin a la vía administrativa.

De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 13 de octubre de 2020 (2.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 13 de octubre de 2020 (3.ª)

En el expediente 48/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Ferregás García-Vaso, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., actuando en representación de doña ….., presentó escrito de fecha 22 de mayo de 2020, 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 titular su representada de más del 5% del capital social de la mercantil «Ferregás García-Vaso, S.L», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

Junto con dicha solicitud se acompaña:

1.º Fotocopia de la escritura de poder especial otorgada a favor de don ….. por doña ….. ante la notaria de Cartagena, doña María Teresa Navarro Morell, el día 13 de abril de 2020, protocolo 897.

2.º Fotocopia de la escritura de compraventa de participaciones sociales otorgada ante la notaria de Cartagena, doña Concepción Jarava Melgarejo, el día uno de junio de 2006, protocolo 3032.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 10 de junio de 2020 en el domicilio social, que es recibido el día 20 del mes siguiente, formulando oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito de fecha 23 de junio de 2020, que tuvo su entrada en el Registro Mercantil el día 24 del mismo mes, suscrito por don ….., en su condición de gerente de la sociedad, alegando, en esencia, y según resulta del referido escrito de oposición, que el solicitante carece de la condición de socio, pues el señor …..afirma ser socio de la mercantil «Ferregás García-Vaso, S.L.», circunstancia esta que no es en modo alguno cierta, careciendo por ello de legitimación conforme al artículo 265.2 del TLSC para deducir la petición que formula.

III

El registrador mercantil de Murcia II, don Bartolomé Nieto García, dictó resolución de fecha 26 de junio de 2020 por la que resolvió desestimar la oposición y, firme que fuese su resolución, proceder al nombramiento de auditor solicitado, al considerar según la documentación obrante en el expediente que don ….. no actúa en su condición de socio sino en virtud de representación de doña ….., acreditando mediante principio de prueba por escrito su cualidad de socio y su participación en el capital social.

IV

Don ….., en su condición de gerente de la sociedad, y por escrito suscrito el 9 de julio de 2020, que tuvo su entrada en el Registro Mercantil de Murcia el día 21 del mismo mes de julio, interpuso recurso para ante esta Dirección General contra dicha resolución de 26 de junio de 2020, reiterando el argumento anteriormente expuesto al negar legitimación al solicitante, alegando, en esencia, que el solicitante, señor ….., carece de la condición de socio, pues dicho señor ….. afirma ser socio de la mercantil «Ferregás García-Vaso, S.L.», circunstancia esta que no es en modo alguno cierta, careciendo por ello de legitimación conforme a las normas legales de aplicación para deducir la petición que formula. Además, según se deduce de su escrito de recurso, añade el recurrente que la solicitud no se ha realizado en tiempo legal, al haber precluido el plazo trimestral tras el cierre del ejercicio a auditar.

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, 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, Resolución de consulta de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de fecha 10 de abril de 2020, Disposición Final 8.ª del Real Decreto-Ley 19/2020, 26 de mayo, Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública 5 de junio de 2020 de consulta sobre interpretación del artículo 40.3 y.5 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo en relación al plazo de formulación de cuentas anuales de sociedades de capital y de depósito en sociedades no cotizadas, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. Por lo que se refiere a la cuestión de fondo, 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.

2. 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».

3. En el presente expediente el recurso planteado no puede prosperar por el motivo anteriormente referido.

En primer lugar, no ha quedado desvirtuada la legitimación del solicitante puesto que la propia mercantil en ningún momento desvirtúa el principio de prueba de la titularidad aportado por el solicitante, limitándose a afirmar que el señor ….. no es socio de la mercantil, cuando es más que evidente que el referido señor ….. actúa en nombre y representación de la socia doña …... Así resulta tanto de la petición inicial como de la documentación aportada, entre ella, fotocopia de la escritura de poder especial otorgada a favor de don ….. por doña ….. ante la notaria de Cartagena, doña María Teresa Navarro Morell, el día 13 de abril de 2020, protocolo 897, y sin que respecto de dicha socia se haga la más mínima referencia ni negación alguna siquiera respecto de su titularidad. Efectivamente, don ….., para acreditar la condición de socio de su representada doña ….., presenta además, fotocopia de la escritura de compraventa de participaciones sociales otorgada ante la notaria de Cartagena, doña Concepción Jarava Melgarejo, el día uno de junio de 2006, protocolo 3032.

Como anteriormente se ha expuesto la sociedad simplemente manifiesta la carencia de legitimación activa para iniciar el presente expediente por parte del representante señor ….., sin que la propia mercantil en ningún momento niegue el cumplimiento del requisito objetivo de que su representada, doña ….., de al menos el 5% del capital social, extremo que la propia sociedad no discute. Sobre la cuestión de la legitimación del socio minoritario ha tenido ocasión de pronunciarse reiteradamente esta Dirección General manteniendo que es suficiente la aportación de un principio de prueba para entenderla acreditada, pues se estima que el artículo 351.2 Reglamento del Registro Mercantil 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». Es por tanto a la sociedad a la que corresponde desvirtuar dicho principio de prueba, aportando, a su vez, prueba suficiente como para deducir que el solicitante no ostentaba, en el momento de la solicitud, la legitimación que alegó. Con ello

se pretende no introducir un desequilibrio en el principio de igualdad jurídica de las partes intervinientes en el procedimiento.

Por todo ello debe concluirse que la sociedad no ha desvirtuado el principio de prueba de la legitimidad del solicitante representado debiendo ser desestimado el presente recurso.

4. Por lo que se refiere a la alegación relativa al transcurso del plazo legal de los tres meses desde del cierre del ejercicio; en concreto, y según advierte el recurrente, que la solicitud no se ha realizado en tiempo legal, al haber precluido el plazo trimestral tras el cierre del ejercicio a auditar.

En este sentido, hay que comenzar por recordar lo que disponen los artículos 253.1 y 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Así, el primero de los artículos citados establece que «los administradores de la sociedad están obligados a formular, en el plazo máximo de tres meses contados a partir del cierre del ejercicio social, las cuentas anuales, el informe de gestión, que incluirá, cuando proceda, el estado de información no financiera, y la propuesta de aplicación del resultado, así como, en su caso, las cuentas y el informe de gestión consolidados». Por su parte, el artículo 265.2 del Texto Refundido señalado dispone que «en las sociedades que no estén obligadas a someter las cuentas anuales a verificación por un auditor, los socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social podrán solicitar del registrador mercantil del domicilio social que, con cargo a la sociedad, nombre un auditor de cuentas para que efectúe la revisión de las cuentas anuales de un determinado ejercicio siempre que no hubieran transcurrido tres meses a contar desde la fecha de cierre de dicho ejercicio».

Por otro lado, por la Disposición final 8.ª del Real Decreto-Ley 19/2020, de 26 de mayo, se han modificado los apartados 3 y 5 del artículo 40 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, viniendo a establecer que la obligación de formular las cuentas anuales, ordinarias o abreviadas, individuales o consolidadas, en el plazo de tres meses a contar desde el cierre del ejercicio social queda suspendida hasta el 1 junio de 2020, reanudándose de nuevo por otros tres meses a contar desde esa fecha. En este sentido, la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública 5 de junio de 2020, citada en los vistos, señala que «…la nueva redacción del precepto fija un día concreto, el día 1 de junio de 2020, para el inicio del cómputo del plazo de tres meses para la formulación de las cuentas anuales correspondientes al último ejercicio cerrado por una sociedad de capital y fija el plazo de dos meses desde su transcurso para la aprobación de las cuentas anuales formuladas. Esta Dirección General considera que el plazo se computa en los mismos términos en que se computa el plazo previsto en la Ley de Sociedades de Capital para la formulación de las cuentas, para su aprobación por la junta general y para su depósito en el Registro Mercantil. Al igual que ocurre en el supuesto de cierre de ejercicio social en que el primer día para la formulación de las cuentas es el siguiente al último del mes correspondiente al fin del ejercicio, 1 de enero

para las sociedades cuyo cierre se produce el 31 de diciembre de cada año, la norma a que se refiere la consulta fija el día 1 de junio de 2020 como día inicial para el cómputo del plazo de tres meses para la formulación de las cuentas, siendo el día final o dies ad quem, el día 31 de agosto de 2020. A los plazos restantes se les aplica la misma lógica, a salvo lo que se dirá para el cierre de la hoja social…». Continúa afirmando la Dirección General en la consulta en cuestión que «Esta es la interpretación más acorde con la legislación ordinaria y con la propia exposición de motivos del Real Decreto-Ley 19/2020, de 26 de mayo que se expresa en los siguientes términos: «Adicionalmente, se reduce de tres a dos meses el plazo para aprobar las cuentas anuales desde la formulación, con lo que las empresas dispondrán antes de unas cuentas aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil y se armoniza dicho plazo para todas las sociedades, sean o no cotizadas, en modo tal que todas deberán tener las cuentas aprobadas dentro de los diez primeros meses del ejercicio.».

Estas mismas razones de interpretación acorde con la legislación citada y analogía -artículo 4.1 del Código Civil- llevan consigo que en el caso que nos ocupa, de solicitud efectuada conforme al artículo 265.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, se considere que el plazo de tres meses a contar desde el cierre del ejercicio social quede suspendido hasta el 1 junio de 2020 y que, en consecuencia, dicho plazo se inicie en tal fecha y concluya el 31 de agosto de 2020. Es más, la propia resolución de consulta llega a afirmar, como ya se ha expresado que «A los plazos restantes se les aplica la misma lógica, a salvo lo que se dirá para el cierre de la hoja social». En definitiva, suspendido el plazo en los términos expresados hasta el 1 de junio de 2020 y presentado el escrito de solicitud de nombramiento de auditor con fecha 26 de mayo de 2020, es evidente que se encuentra presentado el mismo tempestivamente.

5.-Lo anterior, unido al cumplimiento por parte del solicitante representado 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 más del cinco por ciento del capital social y no habiendo transcurrido tres meses desde la fecha de cierre de dicho ejercicio en los términos indicados en el punto anterior, procede el nombramiento solicitado de auditor que efectúe la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2019.

Atendiendo a las circunstancias de hecho y a los Fundamentos de Derecho expuestos, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Murcia II, don Bartolomé Nieto García, de fecha 26 de junio de 2020, procediendo el nombramiento de auditor de cuentas para el ejercicio solicitado 2019 respecto de la sociedad en cuestión.

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

De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 13 de octubre de 2020 (3.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 23 de octubre de 2020 (2.ª)

En el expediente 70/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Cea Pan, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 19 de marzo de 2020, dirigido al Registro Mercantil de Ourense, en el que tuvo su entrada el día 30 del mismo mes, en el que solicitó al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, y como titular de más del 5% del capital social de la mercantil «Cea Pan, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil en el domicilio social por resolución de fecha 3 de junio de 2020, quien recibió tal comunicación el día siguiente, conforme acuse de recibo devuelto al registro según resulta del expediente.

Don …..., en su condición de consejero delegado de la mercantil, formula oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito de fecha 10 de junio de 2020, que tuvo su entrada en el Registro Mercantil el mismo 10 de junio. En dicho escrito alega, en esencia,

que el solicitante carece de la titularidad de al menos el 5% del capital social, negando su legitimación al efecto, ya que se acordó el aumento de capital de la mercantil en escritura otorgada el 21 de mayo de 2020 otorgada ante el Notario de Lugo don Manuel Ignacio Castro Gil Iglesias, presentada en el Registro Mercantil causando el asiento de presentación 605 del Libro Diario 62.

III

El registrador mercantil de Ourense, don Andrés José Illa García-Germán, dictó resolución de fecha 14 de julio de 2020 por la que resolvió desestimar la oposición y acordó la procedencia del nombramiento solicitado, lo que se llevaría a efecto cuando adquiera firmeza su resolución, al haber sido calificada la escritura de ampliación de capital como defectuosa al adolecer de defectos insubsanables.

IV

Don ….., en su condición de consejero delegado de la mercantil, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 14 de julio de 2020, reiterando, en esencia, los argumentos anteriormente expuestos al negar la legitimidad del solicitante, que se dan por reproducidos.

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. En primer lugar, y desde el punto de vista formal, hay que tener en cuenta que el objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital prevé para que se acuerde la pertinencia del nombramiento de auditor a instancia de la minoría. La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la constitución española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial). 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 no puede prosperar por el motivo anteriormente referido. Así, el objeto del presente recurso se circunscribe a determinar si el aumento de capital no inscrito acordado con anterioridad a la solicitud del nombramiento de auditor, puede ser tenido en cuenta a los efectos del cómputo de capital del socio peticionario, y esta Dirección General ha sostenido de forma uniforme que la respuesta es negativa (*vide* por todas las resoluciones de 18 de junio de 2010, 7 de octubre de 2013 y de 23 de abril de 2014).

El artículo 296 de la Ley de Sociedades de Capital dispone que los aumentos de capital habrán de acordarse con los requisitos establecidos para la modificación de los estatutos sociales. Se deriva del artículo 290 del mismo cuerpo legal, que dichos acuerdos se harán constar en escritura pública que se inscribirá en el Registro Mercantil. Resulta así que, siendo la inscripción precisa en los acuerdos de aumento de capital, y no habiéndose producido ésta, como es el caso, no cabe sino declarar que, para el Registro, el solicitante seguía siendo titular de más del 5% del capital social y, en consecuencia, procedía el nombramiento de auditor solicitado. La circunstancia de haberse acordado un aumento de capital en Junta General no puede desvirtuar las afirmaciones posteriores ya que, para que surta efectos dicho acuerdo frente a terceros, es preciso elevarlo a escritura pública e inscribirlo en el Registro Mercantil (art. 21 del Código de Comercio).

3. Cuestión distinta es si la inscripción tiene o no carácter constitutivo. Ciertamente y como pusiera de relieve la resolución de 4 de febrero de 2013, no pueden confundirse los diferentes planos en los que actúa la eficacia del acuerdo no inscrito. De conformidad con lo establecido en el artículo 159 de la Ley de Sociedades de Capital el acuerdo social se produce por la concurrencia del régimen de votación previsto en la Ley, momento en el que: «2. Todos los socios, incluso los disidentes y los que no hayan participado en la reunión, quedan sometidos a los acuerdos de la junta general», añadiendo el artículo 202 que:»3. Los acuerdos sociales podrán ejecutarse a partir de la fecha de la aprobación del acta en la que consten».

Desde ese momento el acuerdo social despliega efectos y los socios pueden y deben actuar en consecuencia, quedando vinculados por los mismos. Ahora bien, la conclusión anterior no puede confundirse con el carácter constitutivo de la inscripción (sobre lo que no procede un pronunciamiento expreso al ser irrelevante a los efectos de esta resolución), ni con la oponibilidad del acuerdo frente a terceros. Esta última circunstancia, que es la que propiamente constituye el objeto de la presente, está supeditada en nuestro ordenamiento a su debida publicación en los casos legalmente previstos (art. 21 del Código de Comercio). Lo que no podría pretenderse es hacer valer frente a terceros un acuerdo social que ha permanecido en la clandestinidad durante un prolongado periodo de tiempo, máxime cuando el administrador estaba obligado a

presentarlo a inscripción en el plazo de un mes desde su adopción, a fin de que desenvolviese todos los efectos previstos en el ordenamiento y no solo los meramente internos (*vide* art. 19 del Código de Comercio en relación a los artículos 81.2, 83 y 94.1.2.ª del Reglamento del Registro Mercantil). Por tanto, el presente motivo de recurso debe ser desestimado.

Por todo ello, debe concluirse que la sociedad no ha desvirtuado el principio de prueba de la legitimidad del solicitante debiendo ser desestimado el presente recurso. Lo anterior, unido al cumplimiento por parte del solicitante 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 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 2019.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Ourense, don Andrés José Ylla García-Germán, de fecha 14 de julio de 2020, por la que resolvió desestimar la oposición y acordó la procedencia del 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 pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 23 de octubre de 2020 (2.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 30 de octubre de 2020 (1.ª)

En el expediente 13/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Ilerpro, S.A.».

HECHOS

I

Doña …..presentó escrito de fecha 8 de enero de 2020 dirigido al Registro Mercantil de Lleida, en el que tuvo su entrada el mismo día 8 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 «Ilerpro, S.A.» (concretamente titular del 39% del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

II

Por el registro mercantil de Lleida se dio traslado de la anterior solicitud a la mercantil por resolución de fecha 15 de enero de 2020, para que, en caso de considerarlo oportuno, ejercitara su derecho de oposición conforme al artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil. Dicha notificación, al resultar infructuosa, fue reiterada mediante el preceptivo anuncio en el BOE en fecha 28 de enero de 2020.

III

La sociedad se opuso a la pretensión de la socia por medio de escrito de fecha 28 de enero de 2020, que tuvo su entrada en el Registro Mercantil el mismo día 28, suscrito por don …..., en nombre y representación de la mercantil, alegando, en esencia, haber convocado junta en cuyo orden del figura el nombramiento de auditor voluntario a instancia de la mercantil para el ejercicio solicitado.

IV

La registradora mercantil de Lleida, doña Carmen Rosich Romeu, dictó resolución de fecha 4 de febrero de 2020, por la que resuelve la procedencia del nombramiento solicitado ya que no se ha garantizado el derecho del socio al informe de auditoría puesto que no se ha procurado su inscripción ni se ha incorporado informe alguno a este expediente.

V

Don …..., en nombre y representación de la mercantil, mediante escrito de fecha 19 de febrero de 2020 interpuso recurso contra dicha resolución de 4 de febrero de 2020, reiterando los argumentos de su escrito de oposición, en esencia, tener ya auditor voluntario nombrado para el ejercicio solicitado, al acompañar contrato de encargo para realizar la auditoría de la mercantil Ilerpro, S.A. correspondiente al ejercicio 2019 con la sociedad Audirisk-Control, S.L.

VI

Con posterioridad a la interposición del recurso, por medio de oficio de esta Dirección General de fecha 8 de mayo de 2020, y no habiéndose realizado durante la tramitación del procedimiento actuaciones complementarias del artículo 87 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en virtud del artículo 118.1, se concedió un plazo de quince días para que para que se justifique la inscripción en el Registro Mercantil del nombramiento o la entrega del informe de verificación de las cuentas correspondientes al ejercicio 2019 a los socios solicitantes o al registro, en cuyo caso rogamos se nos remita. En caso contrario, se procederá a dictar resolución de acuerdo al contenido del expediente antes expresado.

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. 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 auditoria 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. Ninguna de las tres circunstancias anteriores resulta acreditada en el expediente obrante en esta Dirección General.

2. En el presente expediente resulta por un lado que el socio presenta su solicitud en el registro mercantil con fecha 8 de enero de 2020 y, por otro, que la sociedad manifiesta que nombró auditor voluntario para el mismo ejercicio con carácter anterior a la solicitud con fecha 31 de diciembre de 2019, sin que resulte del expediente obrante en esta Dirección General haberse cumplido ninguna de las tres circunstancias más arriba dichas que enervarían la procedencia de designación de auditor por la registradora mercantil al encontrarse en esos casos suficientemente protegido el interés del socio solicitante.

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, podría llegar a quedar acreditado el nombramiento voluntario de auditor, no así su inscripción en el Registro Mercantil, de modo 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 pueden enervar la procedencia de designación de auditor por el registrador mercantil, y nada de ello resulta acreditado en el expediente obrante en esta Dirección General. 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 cualesquiera otras cuestiones, reservadas, en su caso, al correspondiente procedimiento judicial.

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 4 de febrero de 2020, debiendo procederse al nombramiento de auditor solicitado, dado que dicho nombramiento no consta inscrito en el registro mercantil, ni se ha acreditado la aportación al expediente del informe de verificación ni su entrega al socio solicitante, todo ello 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 pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio,

del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 30 de octubre de 2020 (1.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 30 de octubre de 2020 (3.ª)

En el expediente 73/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Blinders Solutions, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 29 de junio de 2020, dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, en el que tuvo su entrada el día 29 del mes citado, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Blinders Solutions, S.L.» (en concreto, manifiesta ser titular del 30 % del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 2 de julio de 2020 en el domicilio social por correo certificado con acuse de recibo, formulando oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito de fecha 14 de julio de 2020 que tuvo su entrada en el registro mercantil el mismo día 14 de julio, suscrito por don …... En dicho escrito de oposición alega, en esencia que el solicitante fue administrador de la mercantil hasta el 27 de noviembre de 2019, conociendo perfectamente la situación económica de la compañía.

III

El registrador mercantil de Barcelona VIII, don Nicolás Nogales Colmenarejo, dictó resolución de fecha 21 de julio de 2020 por la que acordó denegar dichas alegaciones y proceder al nombramiento de auditor solicitado para el ejercicio 2019.

IV

Don ….., en su condición de administrador único de la mercantil, interpuso recurso ante esta Dirección General contra la anterior resolución de fecha 21 de julio de 2020, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos.

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, 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, Resolución de consulta de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de fecha 10 de abril de 2020, Disposición Final 8.ª del Real Decreto-Ley 19/2020, 26 de mayo, Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública 5 de junio de 2020 de consulta sobre interpretación del artículo 40.3 y.5 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo en relación al plazo de formulación de cuentas anuales de sociedades de capital y de depósito en sociedades no cotizadas, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. El recurso no puede prosperar dado que los fundamentos anteriormente expuestos carecen de virtualidad para cercenar el derecho individual del socio reconocido en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. Así, en cuanto a la cuestión relativa a la condición administrador del solicitante durante parte del ejercicio social, no puede sostenerse la conclusión que se sigue por el recurrente en relación al conocimiento de la situación económica de la sociedad.

Es doctrina reiterada de esta Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública 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 durante todo el ejercicio social, 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, como es el caso que nos ocupa, 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, en este caso, debe concluirse que sí cabe apreciar la concurrencia del oportuno interés protegible en el socio solicitante.

2. Por lo que se refiere a la alegación del supuesto conocimiento de la situación y contabilidad de la sociedad por parte del solicitante, en tanto que el derecho de acceso a la información del socio ha sido respetado en todo momento a juicio del recurrente, 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.* Artículos 196 y 197 en relación con los artículos 253 y 272 de la Ley de Sociedades de Capital). Téngase en cuenta que el objeto de este expediente no es determinar si el socio minoritario puede acceder o no a la información contable sino si tiene derecho a que se designe un auditor a fin de obtener una opinión técnica, independiente e imparcial sobre si las cuentas «expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación» (art. 1 del Real Decreto Legislativo 22/2015, de 21 de julio por el que se aprueba la Ley de Auditoría de Cuentas).

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, con mayor motivo reuniendo el 30% como resulta del expediente, desvirtuando así los motivos de las alegaciones a que se refieren los antecedentes de hecho, y no habiendo transcurrido tres meses desde la fecha de cierre de dicho ejercicio de acuerdo con los términos indicados en esta resolución, procede el nombramiento solicitado de auditor que efectúe la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2019.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Barcelona VIII, don Nicolás Nogales Colmenarejo, de fecha 21 de julio de 2020, por la que acordó denegar dichas alegaciones y proceder al nombramiento de auditor solicitado para el ejercicio 2019.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 30 de octubre de 2020 (3.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 30 de octubre de 2020 (4.ª)

En el expediente 74/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Hernoco, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., en nombre y representación de doña ….., presentó escrito de fecha 30 de marzo de 2020, dirigido al Registro Mercantil de Córdoba, en el que tuvo su entrada el día 31 del mismo mes, en el que solicitó al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades

de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, y como titular de más del 5% del capital social de la mercantil «Hernoco, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019. Junto con la instancia acompaña copia de la Sentencia de fecha 22 de febrero de 2019 dictada en el seno del procedimiento 42/19 del Juzgado de lo Mercantil N.º 1 de Córdoba, por la que se declara la nulidad parcial del aumento de capital de la mercantil Hernoco, S.L. acordado en Junta de 18 de noviembre de 2016.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil en el domicilio social por resolución de fecha 5 de junio de 2020, quien recibió tal comunicación el día 16 del mismo mes, conforme acuse de recibo devuelto al registro según resulta del expediente.

Don ….., en nombre y representación de la mercantil, formula oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito de fecha 20 de junio de 2020, que tuvo su entrada en el Registro Mercantil el día 23 de junio. En dicho escrito alega, en esencia, la falta de facultades suficientes del representante de la socia solicitante al aportar exclusivamente un poder notarial para pleitos; y, en segundo lugar, manifiesta que la solicitante carece de la titularidad de al menos el 5% del capital social, negando su legitimación al efecto, ya que se acordó el aumento de capital de la mercantil en escritura otorgada el 21 de diciembre de 2016 ante el Notario de Córdoba don Pedro Velamazán Perdomo, que ha sido debidamente inscrita en el Registro Mercantil.

III

El registrador mercantil de Córdoba, don Rafael Castiñeira Fernández Medina, dictó resolución de fecha 29 de junio de 2020 por la que resolvió suspender la tramitación del presente expediente, ya que la ampliación de capital inscrita se encuentra impugnada judicialmente, sin haber adquirido firmeza la sentencia de instancia al haber sido recurrida en casación.

IV

Don ….., en nombre y representación de doña ….., interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 29 de junio de 2020 por la que se suspende el procedimiento, alegando, en esencia, que la Sentencia dictada por la Excma. Audiencia Provincial de Córdoba de 29 de junio de 2020 estimó íntegramente las pretensiones de su representada, declarando la nulidad del acuerdo de ampliación de capital. A continuación, la propia recurrente, reconoce que tal sentencia ha sido recurrida en casación.

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. En primer lugar, y desde el punto de vista formal, hay que tener en cuenta que el objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital prevé para que se acuerde la pertinencia del nombramiento de auditor a instancia de la minoría. La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la constitución española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial). 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 no puede prosperar por el primero de los motivos alegados, al no quedar desvirtuada la legitimidad del representante del solicitante. Efectivamente, según resulta del propio escrito de solicitud, el presentante interviene en nombre y representación de la socia 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 y ha sido considerado suficiente a juicio del Registrador Mercantil de Córdoba al incluir, entre las facultades conferidas, la de comparecer «en toda clase de pleitos o procedimientos, así como ante toda clase de autoridades y funcionarios«.

3. El recurso planteado tampoco puede prosperar por el segundo motivo anteriormente referido, concretamente la revocación de la suspensión del procedimiento al encontrarse el acuerdo de aumento de capital recurrido en casación. En relación a 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, esta Dirección General ha sostenido de forma uniforme que la respuesta es negativa (*vide* por todas las resoluciones de 18 de junio de 2010, 7 de octubre de 2013 y de 23 de abril de 2014).

El artículo 296 de la Ley de Sociedades de Capital dispone que los aumentos de capital habrán de acordarse con los requisitos establecidos para la modificación de los estatutos sociales. Se deriva del artículo 290 del mismo cuerpo legal, que dichos acuerdos se harán constar en escritura pública que se inscribirá en el Registro Mercantil. Resulta así que, siendo la inscripción precisa en los acuerdos de aumento de capital, y no habiéndose producido ésta,

como es el caso, no cabe sino declarar que, para el Registro, el solicitante seguía siendo titular de más del 5% del capital social y, en consecuencia, procedía el nombramiento de auditor solicitado. La circunstancia de haberse acordado un aumento de capital en Junta General no puede desvirtuar las afirmaciones posteriores ya que, para que surta efectos dicho acuerdo frente a terceros, es preciso elevarlo a escritura pública e inscribirlo en el Registro Mercantil (art. 21 del Código de Comercio).

4. Cuestión distinta es si la inscripción tiene o no carácter constitutivo. Ciertamente y como pusiera de relieve la resolución de 4 de febrero de 2013, no pueden confundirse los diferentes planos en los que actúa la eficacia del acuerdo no inscrito. De conformidad con lo establecido en el artículo 159 de la Ley de Sociedades de Capital el acuerdo social se produce por la concurrencia del régimen de votación previsto en la Ley, momento en el que: «2. Todos los socios, incluso los disidentes y los que no hayan participado en la reunión, quedan sometidos a los acuerdos de la junta general», añadiendo el artículo 202 que: »3. Los acuerdos sociales podrán ejecutarse a partir de la fecha de la aprobación del acta en la que consten».

Desde ese momento el acuerdo social despliega efectos y los socios pueden y deben actuar en consecuencia, quedando vinculados por los mismos. Ahora bien, la conclusión anterior no puede confundirse con el carácter constitutivo de la inscripción (sobre lo que no procede un pronunciamiento expreso al ser irrelevante a los efectos de esta resolución), ni con la oponibilidad del acuerdo frente a terceros. Esta última circunstancia, que es la que propiamente constituye el objeto de la presente, está supeditada en nuestro ordenamiento a su debida publicación en los casos legalmente previstos (art. 21 del Código de Comercio). Lo que no podría pretenderse es hacer valer frente a terceros un acuerdo social que ha permanecido en la clandestinidad durante un prolongado periodo de tiempo, máxime cuando el administrador estaba obligado a presentarlo a inscripción en el plazo de un mes desde su adopción, a fin de que desenvolviese todos los efectos previstos en el ordenamiento y no solo los meramente internos (*vide* art. 19 del Código de Comercio en relación a los artículos 81.2, 83 y 94.1.2.ª del Reglamento del Registro Mercantil).

5. En el presente expediente la titularidad del al menos el 5% del capital social del solicitante queda condicionada a la sentencia que se dicte en el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba que declaró la nulidad del acuerdo societario. 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, al no haber adquirido firmeza la Sentencia de la Excma. Audiencia Provincial de Córdoba, impide que ni el funcionario calificador ni esta Dirección se pronuncie en tanto no exista una resolución judicial firme al respecto.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Córdoba, don Rafael Castiñeira Fernández Medina, de fecha 29 de junio de 2020, por la que resolvió suspender el presente expediente hasta que recaiga sentencia judicial firme que determine la posible nulidad del acuerdo de aumento de capital social.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 30 de octubre de 2020 (4.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 30 de octubre de 2020 (5.ª)

En el expediente 75/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Health Away, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 30 de marzo de 2020 dirigido al Registro Mercantil de Sevilla, en el que tuvo su entrada el día 16 de junio, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Health Away, S.L.»

(concretamente titular del 24% del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

II

Por el registro mercantil de Sevilla se dio traslado de la anterior solicitud a la mercantil por resolución de fecha 18 de septiembre de 2020, para que, en caso de considerarlo oportuno, ejercitara su derecho de oposición conforme al artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil. Dicha notificación, al resultar infructuosa, fue reiterada mediante resolución de 22 de junio de 2020.

III

La sociedad se opuso a la pretensión de la socia por medio de escrito de fecha 17 de agosto de 2020 suscrito por don ….., en nombre y representación de la mercantil como administrador único de la misma, alegando, en esencia, haber convocado junta en cuyo orden del día figura el nombramiento de auditor voluntario a instancia de la mercantil para el ejercicio solicitado, así como que dadas la circunstancias económicas de la empresa actuales no puede hacer frente a los honorarios del auditor.

IV

El registrador mercantil de Sevilla, don Juan José Petrel Serrano, dictó resolución de fecha 21 de agosto de 2020, por la que resuelve la procedencia del nombramiento solicitado ya que no se ha garantizado el derecho del socio al informe de auditoría puesto que no se ha procurado su inscripción ni se ha incorporado informe alguno a este expediente, sin poder ser estimada como causa de oposición la situación económica de la sociedad.

V

Don ….., en nombre y representación de la mercantil, mediante escrito de fecha 11 de septiembre de 2020 interpuso recurso contra dicha resolución de 21 de agosto de 2020, reiterando los argumentos de su escrito de oposición, en esencia, tener ya auditor voluntario nombrado para el ejercicio solicitado, así como la falta de liquidez 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, 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. 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 auditoria 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. Ninguna de las tres circunstancias anteriores resulta acreditada en el expediente obrante en esta Dirección General.

2. En el presente expediente resulta por un lado que el socio presenta su solicitud en el registro mercantil con fecha 16 de junio de 2020 y, por otro, que la sociedad manifiesta que nombró auditor voluntario para el mismo ejercicio con carácter anterior a la solicitud, sin que resulte del expediente obrante en esta Dirección General haberse cumplido ninguna de las tres circunstancias más arriba dichas que enervarían la procedencia de designación de auditor por la registradora mercantil al encontrarse en esos casos suficientemente protegido el interés del socio solicitante.

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, podría llegar a quedar acreditado el nombramiento voluntario de auditor, no así su inscripción en el

Registro Mercantil, de modo 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 pueden enervar la procedencia de designación de auditor por el registrador mercantil, y nada de ello resulta acreditado en el expediente obrante en esta Dirección General. 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 cualesquiera otras cuestiones, reservadas, en su caso, al correspondiente procedimiento judicial.

4. En cuanto al motivo de alegación basado en el coste económico que la petición comporta para la sociedad, en concreto, como resulta del escrito de alegaciones y recurso, que finalidad de la utilización del mecanismo del 265.2 de la LSC por las solicitantes es exclusivamente para generar una carga o gravamen como consecuencia de las desavenencias sociales existentes, 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, gastos innecesarios que la petición comportaría para la sociedad o, como es el presente caso, la expresa alegación de generar una carga o gravamen como consecuencia de las desavenencias sociales existentes (art. 267 de la Ley de Sociedades de Capital), no pueden ser estimadas, 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.

5. Lo anterior, unido al cumplimiento por las solicitantes de los requisitos exigidos por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, que no han sido desvirtuados por la sociedad en el expediente, esto es, representando 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 2019.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Sevilla II, don Juan José Petrel Serrano, de fecha 21 de agosto de 2020, debiendo procederse al nombramiento de auditor solicitado, dado que dicho nombramiento no consta ins-

crito en el registro mercantil, ni se ha acreditado la aportación al expediente del informe de verificación ni su entrega al socio solicitante, todo ello 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 pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 30 de octubre de 2020 (5.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 30 de octubre de 2020 (6.ª)

En el expediente 76/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Total Engineering, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó escrito suscrito el 28 de abril de 2020, dirigido al Registro Mercantil de Melilla, en el que tuvo su entrada el día 11 de junio, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley 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 «Total Engineering, S.L.» (concretamente titular del 16% del capital social), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018. Dicha solicitud es subsanada mediante instancia suscrita por la misma solicitante en fecha 6 de julio de 2020, que es presentada el mismo día, en el sentido de señalar que se indicó erróneamente que la misma se refería a las cuentas correspondientes al ejercicio 2018 cuando en realidad se solicitaba respecto a las cuentas correspondientes al ejercicio 2019.

II

El registrador mercantil de Melilla dio traslado de la anterior solicitud a la mercantil por resolución de fecha 7 de julio de 2020, a los efectos, en su caso, de formalizar oposición al nombramiento solicitado.

III

Por medio de escrito suscrito por don ….., en su condición de representante persona física del administrador único de la mercantil, de fecha 23 de julio de 2020, que tuvo su entrada en el Registro Mercantil el día 24 del mismo mes, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando, en esencia, tener ya designado auditor para el ejercicio solicitado, acompañando informe de auditoría emitido en fecha 13 de julio de 2020 por parte de la mercantil «Servicios Empresariales Arquímedes, S.L.P.».

Mediante resolución de fecha 29 de julio de 2020 el registrador mercantil de Melilla, don Juan Pablo García Yusto, requiere a la sociedad para que acredite la fecha de solicitud del informe de auditoría por parte de la mercantil, así como su entrega o puesta a disposición a favor del socio instante. Dicho requerimiento es atendido por la mercantil mediante escrito de fecha 30 de julio de 2020, que es presentado el mismo día en el Registro Mercantil, al que se adjunta copia del contrato de auditoría de fecha 9 de diciembre de 2019, así como certificado de burofax de fecha 29 de julio de 2020 acreditativo del envío del referido informe de auditoría a la socia solicitante.

El registrador mercantil de Melilla, don Juan Pablo García Yusto, dictó resolución de fecha 6 de agosto de 2020 para que el auditor designado certificara la fecha en que firmó el contrato para realizar el informe de auditoría de las cuentas correspondientes al ejercicio 2019 con la mercantil «Total Engineering, S.L.». Dicho requerimiento es atendido mediante escrito de fecha 13 de agosto de 2020 del que resulta nuevamente que el encargo fue suscrito el día 9 de diciembre de 2019.

IV

El registrador mercantil de Melilla, don Juan Pablo García Yusto, dictó resolución de fecha 26 de agosto de 2020 por la que acordó desestimar el nombramiento de auditor solicitado al resultar acreditado el previo nombramiento de auditor voluntario de la mencionada sociedad para el ejercicio 2019, así como la puesta a disposición del informe de auditoría a favor de la socia minoritaria solicitante.

V

Doña ….., interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de fecha 26 de agosto de 2020, reiterando, en esencial, la inexistencia de encargo previo por parte de la mercantil así como la falta de puesta a su disposición del informe de auditoría.

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. 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 auditoria 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 11 de junio de 2020 y, por otro, que la sociedad acredita que nombró auditor voluntario para el mismo ejercicio con carácter previo al acompañar certificación encargo profesional, copia del contrato suscrito entre ambas partes de fecha 9 de diciembre de 2019, copia del informe de auditoría correspondiente a las cuentas del ejercicio 2019, así como justificante de la puesta a disposición del referido informe a favor de la socia minoritaria.

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 debe prosperar ya que ha quedado acreditado tanto el nombramiento anterior, como así resulta de la documentación aportada por la sociedad al expediente, concretamente certificación de la hoja de encargo profesional de fecha 9 de diciembre de 2019 así como copia del contrato suscrito entre ambas partes de igual fecha; queda igualmente acreditado en el presente expediente tanto la puesta a disposición de la socia solicitante del informe de auditoría correspondiente al ejercicio 2019 como su incorporación al mismo. 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 el Registrador Mercantil de Melilla, ha sido debidamente acreditada la puesta a disposición de la socia del informe de auditoría correspondiente al ejercicio 2019, así como su incorporación al mismo. 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 (art. 4.1 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas). Procedería por este mismo motivo también la desestimación 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 imparciali-

dad; 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 Melilla, don Juan Pablo García Yusto, de fecha 26 de agosto de 2020, por la que acordó desestimar 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 pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 30 de octubre de 2020 (6.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 30 de octubre de 2020 (7.ª)

En el expediente 77/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Openzip, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 17 de marzo de 2020 dirigido al Registro Mercantil de Pontevedra, 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 «Openzip, S.L.» (concretamente titular del 19,90% del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

II

Por el registro mercantil de Pontevedra se dio traslado de la anterior solicitud a la mercantil por resolución de fecha 1 de junio de 2020, para que, en caso de considerarlo oportuno, ejercitara su derecho de oposición conforme al artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil.

III

La sociedad se opuso a la pretensión del socio por medio de escrito de fecha 26 de junio de 2020 suscrito por don …..., en nombre y representación de la mercantil como administrador único de la misma, alegando, en esencia, el nombramiento de auditor voluntario para los ejercicios 2017, 2018 y 2019 a instancia de la mercantil, siendo designada la sociedad auditora «P. Arribas Moratalla & Asociados, S.L.»

El Registro Mercantil de Pontevedra, mediante diligencia para mejor proveer de fecha 3 de julio de 2020, requiere a la sociedad para que acredite el nombramiento y aceptación del auditor designado, así como su inscripción en el Registro, o la puesta a disposición del socio solicitante del informe de auditoría o su incorporación al presente expediente. Dicho requerimiento no resultó atendido por la mercantil.

El Registro Mercantil de Pontevedra, mediante nueva diligencia para mejor proveer de fecha 14 de julio de 2020, reitera el requerimiento a la sociedad para que acredite el nombramiento y aceptación del auditor designado, así como su inscripción en el Registro, o la puesta a disposición del socio solicitante del informe de auditoría o su incorporación al presente expediente. Dicho requerimiento tampoco resultó atendido por la mercantil.

IV

El registrador mercantil de Pontevedra, don Vicente Artime Cot, dictó resolución de fecha 5 de agosto de 2020, por la que resuelve la procedencia del nombramiento solicitado

ya que no se ha garantizado el derecho del socio al informe de auditoría puesto que no se ha procurado su inscripción ni se ha incorporado informe alguno a este expediente, sin poder ser estimada como causa de oposición la simple manifestación del nombramiento alegada por la sociedad.

V

Don ….., en nombre y representación de la mercantil en su condición de administrador único, mediante escrito de fecha 25 de septiembre de 2020 interpuso recurso contra dicha resolución de 5 de agosto de 2020, reiterando los argumentos de su escrito de oposición, en esencia, resultar ya nombrado auditor voluntario para el ejercicio solicitado. Acompaña copia de la hoja de encargos de fecha 10 de junio de 2020 por la que la sociedad auditora «P. Arribas Moratalla & Asociados, S.L.» acepta realizar la auditoría de las cuentas correspondientes a los ejercicios 2017, 2018 y 2019; así como escrito suscrito por don ….., economista auditor, de fecha 25 de septiembre de 2020, del que resulta que se está elaborando 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, 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. 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 auditoria 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. Ninguna de las tres circunstancias anteriores resulta acreditada en el expediente obrante en esta Dirección General.

2. En el presente expediente resulta por un lado que el socio presenta su solicitud en el registro mercantil con fecha 26 de marzo de 2020 y, por otro, que la sociedad acredita, conforme a los documentos anteriormente referidos, que nombró auditor voluntario para el mismo ejercicio, sin que resulte del expediente obrante en esta Dirección General haberse cumplido ninguna de las tres circunstancias más arriba dichas que enervarían la procedencia de designación de auditor por la registradora mercantil al encontrarse en esos casos suficientemente protegido el interés del socio solicitante.

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, podría llegar a quedar acreditado el nombramiento voluntario de auditor, no así su inscripción en el Registro Mercantil, de modo 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 pueden enervar la procedencia de designación de auditor por el registrador mercantil, y nada de ello resulta acreditado en el expediente obrante en esta Dirección General pese a los reiterados requerimientos realizados por el registro mercantil de Pontevedra. 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 cualesquiera otras cuestiones, reservadas, en su caso, al correspondiente procedimiento judicial.

4. Lo anterior, unido al cumplimiento por las solicitantes de los requisitos exigidos por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, que no han sido desvirtuados por la sociedad en el expediente, esto es, representando 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 2019.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Pontevedra I, don Vicente Artime Cot, de fecha 5 de agosto de 2020, debiendo procederse al nombramiento de auditor solicitado, dado que dicho nombramiento no consta inscrito en el registro mercantil, ni se ha acreditado la aportación al expediente del informe de verificación ni su entrega al socio solicitante, todo ello 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 pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 30 de octubre de 2020 (7.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 30 de octubre de 2020 (8.ª)

En el expediente 78/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de socio de «Nico Martínez, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 14 de agosto de 2020 dirigido al Registro Mercantil de Pontevedra, en el que tuvo su entrada el día 24 del mismo mes, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Nico Martínez, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

II

Por oficio del Registro Mercantil de Pontevedra de fecha 27 de agosto de 2020 se da traslado a la sociedad de la solicitud presentada para que, en su caso, formule la oportuna oposición al nombramiento solicitado. La sociedad se opuso a la pretensión del socio por medio de escrito suscrito por doña ….., en su condición de administradora única de la mercantil, que tuvo su entrada en el Registro Pontevedra el día 7 de septiembre de 2020 alegando, en esencia, que la solicitud es extemporánea al haber sido presentada el día 24 de agosto.

III

El registrador mercantil de Pontevedra I, don Vicente Artime Cot, dictó resolución de fecha 10 de septiembre de 2020, 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 de la mercantil, por escrito que tuvo su entrada el día 28 de septiembre de 2020 en el Registro Mercantil de Pontevedra, 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. Como cuestión previa, es preciso señalar que el objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que, en este caso, 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 un socio que reúna al menos el 5% del capital en la sociedad en cuestión. Así, el artículo citado dispone que «en las sociedades que no estén obligadas a someter las cuentas anuales a verificación por un auditor, los socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social podrán solicitar del registrador mercantil del domicilio social que, con cargo a la sociedad, nombre un auditor de cuentas para que efectúe la revisión de las cuentas anuales de un determinado ejer-

cicio siempre que no hubieran transcurrido tres meses a contar desde la fecha de cierre de dicho ejercicio». Por tanto, la competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones o conflictos entre los socios e interesados, que se desprenden de los escritos de alegaciones, recurso y documentos que se acompañan, que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la constitución española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

2. No puede estimarse el recurso interpuesto por el motivo alegado por la sociedad. De esta manera, respecto de la extemporaneidad de la solicitud hay que comenzar por recordar lo que disponen los artículos 253.1 y 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Así, el primero de los artículos citados establece que «los administradores de la sociedad están obligados a formular, en el plazo máximo de tres meses contados a partir del cierre del ejercicio social, las cuentas anuales, el informe de gestión, que incluirá, cuando proceda, el estado de información no financiera, y la propuesta de aplicación del resultado, así como, en su caso, las cuentas y el informe de gestión consolidados». Por su parte, el artículo 265.2 del Texto Refundido señalado dispone que «en las sociedades que no estén obligadas a someter las cuentas anuales a verificación por un auditor, los socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social podrán solicitar del registrador mercantil del domicilio social que, con cargo a la sociedad, nombre un auditor de cuentas para que efectúe la revisión de las cuentas anuales de un determinado ejercicio siempre que no hubieran transcurrido tres meses a contar desde la fecha de cierre de dicho ejercicio».

Por otro lado, por la Disposición final 8.ª del Real Decreto-Ley 19/2020, de 26 de mayo, se han modificado los apartados 3 y 5 del artículo 40 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, viniendo a establecer que la obligación de formular las cuentas anuales, ordinarias o abreviadas, individuales o consolidadas, en el plazo de tres meses a contar desde el cierre del ejercicio social queda suspendida hasta el 1 junio de 2020, reanudándose de nuevo por otros tres meses a contar desde esa fecha. En este sentido, la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública 5 de junio de 2020, citada en los vistos, señala que «…la nueva redacción del precepto fija un día concreto, el día 1 de junio de 2020, para el inicio del cómputo del plazo de tres meses para la formulación de las cuentas anuales correspondientes al último ejercicio cerrado por una sociedad de capital y fija el plazo de dos meses desde su transcurso para la aprobación de las cuentas anuales formuladas. Esta Dirección General considera que el plazo se computa en los mismos términos en que se computa el plazo previsto en la Ley de Sociedades de Capital para la formulación de las cuentas, para su aprobación por la junta general y para su depósito en el Registro Mercantil. Al igual que ocurre en el supuesto de cierre

de ejercicio social en que el primer día para la formulación de las cuentas es el siguiente al último del mes correspondiente al fin del ejercicio, 1 de enero para las sociedades cuyo cierre se produce el 31 de diciembre de cada año, la norma a que se refiere la consulta fija el día 1 de junio de 2020 como día inicial para el cómputo del plazo de tres meses para la formulación de las cuentas, siendo el día final o dies ad quem, el día 31 de agosto de 2020. A los plazos restantes se les aplica la misma lógica, a salvo lo que se dirá para el cierre de la hoja social…». Continúa afirmando la Dirección General en la consulta en cuestión que «Esta es la interpretación más acorde con la legislación ordinaria y con la propia exposición de motivos del Real Decreto-Ley 19/2020, de 26 de mayo que se expresa en los siguientes términos: «Adicionalmente, se reduce de tres a dos meses el plazo para aprobar las cuentas anuales desde la formulación, con lo que las empresas dispondrán antes de unas cuentas aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil y se armoniza dicho plazo para todas las sociedades, sean o no cotizadas, en modo tal que todas deberán tener las cuentas aprobadas dentro de los diez primeros meses del ejercicio.».

Estas mismas razones de interpretación acorde con la legislación citada y analogía –art. 4.1 del Código Civil– llevan consigo que en el caso que nos ocupa, de solicitud efectuada conforme al artículo 265.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, se considere que el plazo de tres meses a contar desde el cierre del ejercicio social quede suspendido hasta el 1 junio de 2020 y que, en consecuencia, dicho plazo se inicie en tal fecha y concluya el 31 de agosto de 2020. Es más, la propia resolución de consulta llega a afirmar, como ya se ha expresado que «A los plazos restantes se les aplica la misma lógica, a salvo lo que se dirá para el cierre de la hoja social». En definitiva, suspendido el plazo en los términos expresados hasta el 1 de junio de 2020 y presentado el escrito de solicitud de nombramiento de auditor con fecha 24 de agosto, es evidente que se encuentra presentado el mismo tempestivamente.

3. Por tanto, habiendo quedado acreditado el 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 2019.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil Pontevedra, don Vicente Artime Cot, de fecha 10 de septiembre de 2020, por la que acordó no admitir la oposición y estimar la solicitud de nombramiento de auditor presentada para las cuentas correspondientes al ejercicio 2019.

Lo 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 pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 30 de octubre de 2020 (8.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 5 de noviembre de 2020 (1.ª)

En el expediente 52/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de socio de «Bogian, S.L.».

HECHOS

I

Doña …..presentó escrito de fecha 8 de junio de 2020 dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 9 del mismo mes, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Bogian, S.L.» (en concreto, manifiesta ser titular del 25% del capital social), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes a los ejercicios 2017, 2018 y 2019.

II

Por oficio del Registro Mercantil de Madrid de fecha 11 de junio de 2020 se da traslado a la sociedad de la solicitud presentada. La sociedad se opuso a la pretensión del socio por medio de escrito suscrito por doña ….., en su condición de administradora única de la mercantil, que tuvo su entrada en el Registro Barcelona de Madrid el día 30 de junio alegando la extemporaneidad de la solicitud formulada por la socia minoritaria.

III

El registrador mercantil de Madrid XXI, don Jesús del Campo Ramírez, dictó resolución de fecha 1 de julio de 2020, por la que acordó no admitir la oposición y estimar la solicitud de nombramiento de auditor presentada únicamente para la revisión de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

IV

Doña ….., en nombre y representación de la sociedad, en su condición de administradora única de la mercantil, por escrito de fecha 28 de julio de 2020, que tuvo su entrada el día 29 de julio en el Registro Mercantil de Madrid, interpuso recurso contra dicha resolución, reiterando la extemporaneidad de la solicitud, así como la mala fe 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. Como cuestión previa, es preciso señalar que el objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que, en este caso, 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 un socio que reúna al menos el 5% del capital en la sociedad en cuestión. Así, el artículo citado dispone que «en las sociedades que no estén obligadas a someter las cuentas anuales a verificación por un auditor, los socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social podrán solicitar del registrador mercantil del domicilio social que, con cargo a la sociedad, nombre un auditor de cuentas para que efectúe la revisión de las cuentas anuales de un determinado ejercicio siempre que no hubieran transcurrido tres meses a contar desde la fecha de cierre de dicho ejercicio». Por tanto, la competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones o conflictos entre los socios e interesados, que se desprenden de los escritos de alegaciones, recurso y documentos que se acompañan, que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la constitución española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

2.-No puede estimarse el recurso interpuesto por ninguno de los motivos alegados por la sociedad. En primer lugar, respecto de la extemporaneidad de la solicitud hay que comenzar por recordar lo que disponen los artículos 253.1 y 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Así, el primero de los artículos citados establece que «los administradores de la sociedad están obligados a formular, en el plazo máximo de tres meses contados a partir del cierre del ejercicio social, las cuentas anuales, el informe de gestión, que incluirá, cuando proceda, el estado de información no financiera, y la propuesta de aplicación del resultado, así como, en su caso, las cuentas y el informe de gestión consolidados». Por su parte, el artículo 265.2 del Texto Refundido señalado dispone que «en las sociedades que no estén obligadas a someter las cuentas anuales a verificación por un auditor, los socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social podrán solicitar del registrador mercantil del domicilio social que, con cargo a la sociedad, nombre un auditor de cuentas para que efectúe la revisión de las cuentas anuales de un determinado ejercicio siempre que no hubieran transcurrido tres meses a contar desde la fecha de cierre de dicho ejercicio».

Por otro lado, por la Disposición final 8.ª del Real Decreto-Ley 19/2020, de 26 de mayo, se han modificado los apartados 3 y 5 del artículo 40 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, viniendo a establecer que la obligación de formular las cuentas anuales, ordinarias o abreviadas, individuales o consolidadas, en el plazo de tres meses a contar desde el cierre del ejercicio social queda suspendida hasta el 1 junio de 2020, reanudándose de nuevo por otros tres meses a contar desde esa fecha. En este sentido, la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública 5 de junio de 2020, citada en los vistos, señala que «…la nueva redacción del precepto fija un día concreto, el día 1 de junio de 2020, para el inicio del cómputo del plazo de tres meses para la formulación de las cuentas anuales correspondientes al último ejercicio cerrado por una sociedad de capital y fija el plazo de dos meses desde su transcurso para la aprobación de las cuentas anuales formuladas. Esta Dirección General considera que el plazo se computa en los mismos términos en que se computa el plazo previsto en la Ley de Sociedades de Capital para la formulación de las cuentas, para su aprobación por la junta general y para su depósito en el Registro Mercantil. Al igual que ocurre en el supuesto de cierre de ejercicio social en que el primer día para la formulación de las cuentas es el siguiente al último del mes correspondiente al fin del ejercicio, 1 de enero para las sociedades cuyo cierre se produce el 31 de diciembre de cada año, la norma a que se refiere la consulta fija el día 1 de junio de 2020 como día inicial para el cómputo del plazo de tres meses para la formulación de las cuentas, siendo el día final o dies ad quem, el día 31 de agosto de 2020. A los plazos restantes se les aplica la misma lógica, a salvo lo que se dirá para el cierre de la hoja social…». Continúa afirmando la Dirección General en la consulta en cuestión que «Esta es la interpretación más acorde con la legisla-

ción ordinaria y con la propia exposición de motivos del Real Decreto-Ley 19/2020, de 26 de mayo que se expresa en los siguientes términos: «*Adicionalmente, se reduce de tres a dos meses el plazo para aprobar las cuentas anuales desde la formulación, con lo que las empresas dispondrán antes de unas cuentas aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil y se armoniza dicho plazo para todas las sociedades, sean o no cotizadas, en modo tal que todas deberán tener las cuentas aprobadas dentro de los diez primeros meses del ejercicio.*».

Estas mismas razones de interpretación acorde con la legislación citada y analogía -artículo 4.1 del Código Civil- llevan consigo que en el caso que nos ocupa, de solicitud efectuada conforme al artículo 265.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, se considere que el plazo de tres meses a contar desde el cierre del ejercicio social quede suspendido hasta el 1 junio de 2020 y que, en consecuencia, dicho plazo se inicie en tal fecha y concluya el 31 de agosto de 2020. Es más, la propia resolución de consulta llega a afirmar, como ya se ha expresado que «A los plazos restantes se les aplica la misma lógica, a salvo lo que se dirá para el cierre de la hoja social». En definitiva, suspendido el plazo en los términos expresados hasta el 1 de junio de 2020 y presentado el escrito de solicitud de nombramiento de auditor con fecha 9 de junio, es evidente que se encuentra presentado el mismo tempestivamente.

3. En relación a la alegación de mala fe y al abuso de derecho por parte de la socia solicitante no pueden imponerse al derecho individual del socio a que las cuentas del ejercicio sean objeto de auditoría.

Así, es doctrina consolidada de esta Dirección que siendo indiscutible que nuestro ordenamiento jurídico no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo por lo que el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización de buena fe (art. 7 del Código Civil), también lo es que la apreciación de tales circunstancias resulta imposible en un procedimiento como el presente cuyo limitado conocimiento material y competencial lo impide, sin perjuicio del derecho de los interesados a acudir a los Tribunales de Justicia en defensa de su posición jurídica (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010 y 11 de marzo de 2014, entre otras).

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

Directamente relacionado con lo anterior, el interés del socio que reclama el nombramiento de auditor no es ni puede ser objeto de valoración en el estrecho ámbito de este expediente. Como es doctrina reiterada (*vide* resoluciones de 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010, entre otras), el objeto de este procedimiento se limita a determinar si concurren o no los requisitos legales para la procedencia de nombramiento de auditor a instancia de la minoría sin que dentro de su estrecho cauce pueda pretenderse el conocimiento de otras materias reservadas a otras Administraciones o a los Tribunales de Justicia (arts. 354.3 y 359 del Reglamento del Registro Mercantil). Si la parte recurrente plantea cuestiones que tienen por objeto la valoración de la conducta de las solicitantes debe actuar en la instancia que en cada caso sea competente sin que puedan impedir que las socias ejerciten debidamente el derecho que les 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 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 2019.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil Madrid, don Jesús María del Campo Ramírez, de fecha 1 de julio de 2020, por la que acordó no admitir la oposición y estimar la solicitud de nombramiento de auditor presentada para las cuentas correspondientes al ejercicio 2019.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 5 de noviembre de 2020 (1.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 5 de noviembre de 2020 (2.ª)

En el expediente 53/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Hotel Avión, S.A.».

HECHOS

I

Doña ….., en su propio nombre y en representación de doña ….. presentó escrito suscrito el 14 de febrero de 2020, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 25 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 titulares de más del 5% del capital social de la mercantil «Hotel Avión, S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

El Registro Mercantil de Madrid requiere a las solicitantes, por escrito de fecha 27 de febrero de 2020, para que aporten la documentación acreditativa de su legitimación para instar el presente expediente. Dicho requerimiento fue atendido debidamente en fecha 2 de marzo de 2020.

II

El registrador mercantil de Madrid XXI, don Jesús María del Campo Ramírez, dio traslado de la anterior solicitud a la mercantil por resolución de fecha 4 de marzo de 2020, a los efectos, en su caso, de formalizar oposición al nombramiento solicitado. Dicho requerimiento fue devuelto por Correos y Telégrafos en fecha 30 de marzo de 2020.

El registrador mercantil de Madrid XXI, don Jesús María del Campo Ramírez, dio traslado nuevamente de la anterior solicitud a la mercantil por resolución de fecha 2 de junio de 2020, a los efectos, en su caso, de formalizar oposición al nombramiento solicitado. Este segundo requerimiento resultó entregado el día 5 de junio.

III

Por medio de escrito suscrito por don ….., en su condición de administrador único de la mercantil, de fecha 12 de julio de 2020, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando, en esencia, tener ya designado auditor para el ejercicio solicitado, acompañando escrito de encargo profesional con la sociedad auditora «EcoAudit, S-L.P.» de fecha 1 de junio de 2020, firmado por el mencionado administrador único el día siguiente. No resulta del presente expediente la fehaciencia de dicha fecha.

IV

El registrador mercantil de Madrid XXI, don Jesús María del Campo Ramírez, dictó resolución de fecha 16 de junio de 2020 por la que acordó estimar el nombramiento de

auditor solicitado, al resultar acreditado que el nombramiento de auditor voluntario de la mencionada sociedad fue posterior a la solicitud de las socias minoritarias.

V

Don ….., en su condición de administrador único de la mercantil, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de fecha 16 de junio de 2020, reiterando, en esencial, la existencia de encargo por parte de la mercantil con anterioridad a la recepción del segundo traslado efectuado por el Registro Mercantil, aunque reconociendo su carácter posterior a la solicitud por parte de las socias minoritarias, así como la incorporación al presente expediente del referido informe de auditoría.

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. 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 auditoria 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 25 de febrero de 2020 y, por otro, que la sociedad acredita que nombró auditor voluntario para el mismo ejercicio con posterioridad, al acompañar escrito de aceptación del encargo profesional por parte de la sociedad auditora «EcoAudit, S.L.P» suscrito en fecha 2 de junio de 2020, fecha no fehaciente.

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 debe prosperar ya que ha quedado acreditado de manera meridiana la posterior designación de auditor voluntario por parte de la sociedad respecto de la fecha de solicitud de las socias, siendo intrascendente a los efectos del presente expediente la fecha de recepción del traslado efectuado por el Registro Mercantil de Madrid para efectuar la oportuna oposición. 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).

4. Por tanto debe concluirse que, si bien el interés protegible ha sido debidamente salvaguardado por la puesta a disposición del informe realizado por el auditor nombrado por la sociedad, resulta probado que su designación se realizó con evidente posterioridad a la petición del socio minoritario

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid, don Jesús María del Campo Ramírez, de fecha 16 de junio de 2020, por la que acordó estimar 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 pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia

donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 5 de noviembre de 2020 (2.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 5 de noviembre de 2020 (3.ª)

En el expediente 54/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de socio de «Ronda Frío Téllez, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presenta escrito de fecha 9 de marzo de 2020 dirigido al Registro Mercantil de Málaga, en el que tuvo su entrada el mismo día 16 de marzo, en el que solicitaron, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Ronda Frío Téllez, S.L.» (en concreto, manifiesta ser titular del 45,97%, respectivamente), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

II

Por oficio del Registro Mercantil de Málaga de fecha 11 de junio de 2020 se da traslado a la sociedad de la solicitud presentada. La sociedad se opuso a la pretensión del socio por medio de escrito suscrito por don …..., en su condición de administrador único de la mercantil, que tuvo su entrada en el Registro Mercantil de Málaga el 25 de junio alegando, en esencia, que el comportamiento y solicitud del socio se lleva a cabo con claro abuso del derecho, acreditándose la mala fe del mismo por el efectivo conocimiento de la situación contable de la sociedad por parte del socio solicitante.

III

El registrador mercantil de Málaga I, don Javier Brea Serra, dictó resolución de fecha 1 de julio de 2020, 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 único de la mercantil, por escrito de fecha 14 de julio de 2020 que tuvo su entrada el día 28 de julio del mismo año en el Registro Mercantil, 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. Como cuestión previa, es preciso señalar que el objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que, en este caso, 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 un socio que reúna al menos el 5% del capital en la sociedad en cuestión. Así, el artículo citado dispone que «en las sociedades que no estén obligadas a someter las cuentas anuales a verificación por un auditor, los socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social podrán solicitar del registrador mercantil del domicilio social que, con cargo a la sociedad, nombre un auditor de cuentas para que efectúe la revisión de las cuentas anuales de un determinado ejercicio siempre que no hubieran transcurrido tres meses a contar desde la fecha de cierre de dicho ejercicio». Por tanto, la competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones o conflictos entre los socios e interesados, que se desprenden de los escritos de alegaciones, recurso y documentos que se acompañan, que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la constitución española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

2. No puede estimarse el recurso interpuesto pues los motivos alegados por la sociedad, en esencia, a la mala fe y al abuso de derecho por parte del socio solicitante, al no poder imponerse al derecho individual del socio a que las cuentas del ejercicio sean objeto de auditoría.

Así, 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 condi-

cionado a su utilización de buena fe (art. 7 del Código Civil), también lo es que la apreciación de tales circunstancias resulta imposible en un procedimiento como el presente cuyo limitado conocimiento material y competencial lo impide, sin perjuicio del derecho de los interesados a acudir a los Tribunales de Justicia en defensa de su posición jurídica (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010 y 11 de marzo de 2014, entre otras).

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

3. Directamente relacionado con lo anterior, el interés del socio que reclama el nombramiento de auditor no es ni puede ser objeto de valoración en el estrecho ámbito de este expediente. Como es doctrina reiterada (*vide* resoluciones de 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010, entre otras), el objeto de este procedimiento se limita a determinar si concurren o no los requisitos legales para la procedencia de nombramiento de auditor a instancia de la minoría sin que dentro de su estrecho cauce pueda pretenderse el conocimiento de otras materias reservadas a otras Administraciones o a los Tribunales de Justicia (arts. 354.3 y 359 del Reglamento del Registro Mercantil). Si la parte recurrente plantea cuestiones que tienen por objeto la valoración de la conducta de las solicitantes debe actuar en la instancia que en cada caso sea competente sin que puedan impedir que las socias ejerciten debidamente el derecho que les 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 las solicitantes de los requisitos exigidos por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, que no han sido desvirtuados por la sociedad en el expediente, esto es, representando las socias solicitantes más del cinco por ciento del capital social y no habiendo transcurrido tres meses desde la fecha de cierre de dicho ejercicio, procede el nombramiento solicitado de auditor que efectúe la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2019.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil Málaga I, don Javier Brea Serra, de fecha 1 de julio de 2020, 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 pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 5 de noviembre de 2020 (3.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 5 de noviembre de 2020 (4.ª)

En el expediente 65/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Hermanos Sánchez López, S.L.».

HECHOS

I

Don P.C.S.L. presentó escrito de fecha 5 de marzo de 2020 dirigido al Registro Mercantil de Ávila, en el que tuvo su entrada el día 26 de junio de 2020, en el que solicitó, como titular de más del 5% del capital social de «Hermanos Sánchez López, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

II

Por el Registro Mercantil de Ávila se dio traslado de la anterior solicitud a la mercantil por resolución de fecha 3 de julio de 2020, para que, en caso de considerarlo oportuno,

ejercitara su derecho de oposición conforme al artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil.

III

La sociedad se opuso a la pretensión del socio por medio de escrito de fecha 17 de julio de 2020, que tuvo su entrada en el Registro Mercantil el mismo día 17 de julio, suscrito por don T.S.L., en su condición de administrador solidario de la mercantil, alegando, en esencia, tener ya auditor voluntario nombrado para el ejercicio solicitado, así como, según manifiesta, ser además el socio solicitante administrador solidario de la mercantil.

IV

El registrador mercantil de Ávila, don Jesús María Jiménez Jiménez, dictó resolución de fecha 24 de julio de 2020, por la que resuelve la procedencia del nombramiento solicitado ya que, según resulta de la propia resolución registral, «es doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado que el nombramiento por el Registrador, si concurren en el socio las circunstancias de capital y tiempo legalmente exigidas, procede, como regla general que es, y la excepción la constituye el que la Sociedad haya designado un auditor con carácter voluntario con anterioridad a la solicitud y que quede garantizado el derecho del socio en cualquiera de las formas señaladas en la resolución registral, (inscripción del nombramiento en el Registro, entrega del informe al socio solicitante o incorporación del mismo al expediente), según Resolución de 19 de enero de 2.006».

Además, en dicha resolución se pone de manifiesto que el escrito de oposición se ha recibido fuera de plazo, en los términos siguientes: «una vez transcurrido el plazo de oposición conforme a lo dispuesto en el artículo 354°,2 del RRM que se notificó a la Sociedad con fecha 8 de julio de 2.020 y acusando la Sociedad con fecha 9 de julio último, habiendo recibido oposición fuera de plazo con fecha 17 de julio de 2.020»; y a la vista de la documentación que forma parte del expediente, resuelve en los términos antes expresados.

V

Don T.S.L., en nombre y representación de la mercantil, como administrador solidario de la misma, mediante escrito de fecha 7 de agosto de 2020, que tuvo su entrada en el Registro Mercantil de Ávila el mismo día 7 de agosto, interpuso recurso contra dicha resolución de 24 de julio de 2020, reiterando, en esencia, los argumentos de su escrito de oposición y añadiendo el primero que se dirá a continuación, en concreto alega:

1.º Estar dictada la resolución registral fuera del plazo habilitado para ello, ya que, según manifiesta el recurrente, «ha recibido la resolución transcurridos 12 días después de la presentación de nuestro escrito de oposición, por lo que la resolución es nula por extemporánea, al haber transcurrido más del plazo de cinco días para la resolución» a que se refiere el artículo 354.3 del Reglamento del Registro Mercantil.

2.º Tener ya auditor voluntario nombrado para el ejercicio solicitado y presentarse dicho nombramiento para su inscripción en el Registro.

3.º «Que ningún derecho de la minoría se ve truncado porque el socio minoritario que ha solicitado la auditoria es administrador solidario de la entidad, con lo que podría haber encargado él mismo la auditoría. Pero ha preferido hacerlo de este modo para que suponga

un mayor coste económico a la sociedad. Supone un abuso de su derecho, con un ejercicio antisocial del mismo, lo que está proscrito por el art. 7.2 del Código Civil»; todo ello según manifiesta el interesado en su escrito de recurso.

VI

Con posterioridad a la interposición del recurso expresado en el antecedente anterior, con fecha 18 de agosto de 2020, tiene entada en esta Dirección General oficio remitido por el registrador mercantil de Ávila, don Jesús María Jiménez Jiménez, adjuntando copia del escrito aportado por la sociedad en cuestión, indicando que en fecha 7 de agosto de 2020 procedió a la solicitud de inscripción de auditor de cuentas en el registro mercantil -la cual adjunta-, solicitando del propio registro tener por aportada la documentación y su incorporación al recurso interpuesto por la misma ante en el Registro para ante esta Dirección General.

VII

Asimismo, posteriormente, y con fecha 2 de septiembre de 2020, tiene entrada en esta Dirección General oficio remitido por el registrador mercantil de Ávila, don Jesús María Jiménez Jiménez, adjuntando copia de la nota de calificación de fecha 18 de agosto de 2020 por la que, en relación con la solicitud de inscripción de auditor a que se refiere el antecedente de hecho anterior, «suspende la calificación del documento hasta la resolución por parte de la Dirección General de seguridad Jurídica y Fe Pública del recurso interpuesto ante la resolución de solicitud de nombramiento de auditor por socio minoritario conforme a lo dispuesto en el artículo 265.º TRLSC».

VIII

Finalmente, tras oficio remitido por esta Dirección General al registro mercantil con fecha 23 de septiembre de 2020, tiene entrada en este Centro Directivo contestación al mismo por parte del registrador mercantil de Ávila de fecha 25 de septiembre de 2020 en la que hace constar, y en lo que a esta sociedad interesa:

1.º Que no consta la inscripción en el registro mercantil del nombramiento de auditor en relación con la sociedad en cuestión.

2.º Que tampoco consta en relación con la sociedad en cuestión la entrega del informe de verificación de cuentas correspondientes al ejercicio 2019 al socio solicitante ni a este registro.

3.º Asimismo, que don P.C.S.L. no consta como administrador solidario de la mercantil «Hermanos Sánchez López, S.L.».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 40 y siguientes, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Admi-

nistraciones 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. La primera cuestión planteada en el recurso es la de estar dictada la resolución registral fuera del plazo habilitado para ello, ya que, según manifiesta el recurrente, «ha recibido la resolución transcurridos 12 días después de la presentación de nuestro escrito de oposición, por lo que la resolución es nula por extemporánea, al haber transcurrido más del plazo de cinco días para la resolución» a que se refiere el artículo 354.3 del Reglamento del Registro Mercantil.

En este sentido, cabe afirmar que la resolución está dictada con fecha 24 de julio de 2020, por tanto, dentro del plazo de cinco días a que se refiere el artículo 354.3 del Reglamento del Registro Mercantil, sin perjuicio de que la misma haya sido recibida por el recurrente el 4 de agosto de 2020, bastando que la misma se proceda a notificar dentro de los diez días siguientes a la fecha misma de la resolución, de acuerdo con los artículos 40 y siguientes de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Así, el artículo 40.2 de la citada Ley dispone en este punto que «toda notificación deberá ser cursada dentro del plazo de diez días a partir de la fecha en que el acto haya sido dictado…»; que es como ha quedado cumplimentado.

2. En cuanto al segundo motivo de recurso, en concreto, tener ya auditor voluntario nombrado para el ejercicio solicitado y presentarse dicho nombramiento para su inscripción en el Registro, 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, indepen-

dencia e imparcialidad que presiden la actividad auditora, no frustra el derecho del socio el origen del nombramiento, ya sea éste judicial, registral o voluntario, puesto que el auditor, como profesional independiente, inscrito en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas, ha de realizar su actividad conforme a las normas legales, reglamentarias y técnicas que regulan la actividad auditora.

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

Ahora bien, para que la auditoria 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 adminis-

tradores 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. Ninguna de las tres circunstancias anteriores resulta acreditada en el expediente obrante en esta Dirección General.

Son datos a tener en cuenta en el presente expediente:

1.º Que el socio presenta su solicitud en el registro mercantil con fecha 5 de marzo de 2020.

2.º Que la sociedad manifiesta que nombró auditor voluntario para el mismo ejercicio con carácter anterior a la solicitud, sin expresar claramente su fecha, estando suscrita la carta de solicitud de encargo, que no su acuerdo o decisión de nombramiento, el 28 de diciembre de 2019; si bien, no consta legitimación notarial de firma alguna ni dato que permita tener en cuenta la fehaciencia de la fecha en cuestión.

3.º Que la auditora en principio designada por la sociedad acepta su encargo con fecha 15 de julio de 2020, estando legitimada notarialmente la firma del aceptante del encargo en nombre de la auditora en la misma fecha, esto es, 15 de julio de 2020.

4.º Que el nombramiento de auditor para el ejercicio en cuestión fue presentado en el registro mercantil con fecha 7 de agosto de 2020, y suspendida su calificación con fecha 18 de agosto de 2020, en los términos expresados en el antecedente VII.

5.º Que no resulta del expediente obrante en esta Dirección General haberse cumplido ninguna de las tres circunstancias más arriba dichas que enervarían la procedencia de designación de auditor por el registrador mercantil al encontrarse en esos casos suficientemente protegido el interés del socio solicitante, esto es, inscripción en el Registro Mercantil de la designación de auditor voluntario, la aportación al expediente del informe de verificación o la justificación de que se ha entregado al socio solicitante, como se desprende del antecedente de hecho VIII, al no constar en relación con la sociedad en cuestión ni la inscripción del nombramiento, ni la entrega del informe de verificación de cuentas correspondientes al ejercicio 2019 al socio solicitante ni al registro.

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.

El recurso, por este motivo específico, no ha de prosperar ya que, a la vista de la documentación que forma parte del expediente y los datos antes relacionados, no se acredita de manera fehaciente el nombramiento voluntario de auditor anterior a la solicitud del socio, ni su inscripción en el Registro Mercantil, de modo 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 pueden enervar la procedencia de designación de auditor por el registrador mercantil, y nada de ello resulta acreditado en el expediente obrante en esta Dirección General (véase en especial antecedente de hecho VIII). 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 cualesquiera otras cuestiones, reservadas, en su caso, al correspondiente procedimiento judicial.

3. Finalmente, la tercera cuestión planteada por el recurrente en su escrito es la de ser el socio minoritario que ha solicitado la auditoria administradora solidario de la entidad; afirmación meramente manifestada sin acreditación alguna ni resultar este dato del expediente en cuestión, es más, de la contestación del registro mercantil al oficio de esta Dirección General, resulta expresamente que el solicitante no es administrador solidario de esta sociedad, lo que supone, a criterio del recurrente, un abuso de su derecho, con un ejercicio antisocial del mismo, lo que está proscrito por el art. 7.2 del Código Civil.

En este punto conviene comenzar señalando en relación con el abuso de derecho en este tipo de expedientes que es doctrina consolidada de esta Dirección que siendo indiscutible que nuestro ordenamiento jurídico no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo por lo que el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización de buena fe (art. 7 del Código Civil), también lo es que la apreciación de tales circunstancias resulta imposible en un procedimiento como el presente cuyo limitado conocimiento material y competencial lo impide, sin perjuicio del derecho de los interesados a acudir a los Tribunales de Justicia en defensa de su posición jurídica (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010 y 11 de marzo de 2014, entre otras).

Como se ha afirmado más arriba, 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 apli-

cación, deben ser planteadas (art. 117 de la constitución española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

Directamente relacionado con lo anterior, el interés del socio que reclama el nombramiento de auditor no es ni puede ser objeto de valoración en el estrecho ámbito de este expediente. Como es doctrina reiterada (*vide* resoluciones de 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010, entre otras), el objeto de este procedimiento se limita a determinar si concurren o no los requisitos legales para la procedencia de nombramiento de auditor a instancia de la minoría sin que dentro de su estrecho cauce pueda pretenderse el conocimiento de otras materias reservadas a otras Administraciones o a los Tribunales de Justicia (arts. 354.3 y 359 del Reglamento del Registro Mercantil). Si la parte recurrente plantea cuestiones que tienen por objeto la valoración de la conducta de las solicitantes debe actuar en la instancia que en cada caso sea competente sin que puedan impedir que las socias ejerciten debidamente el derecho que les reconoce el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. Consecuentemente, y por disposición expresa de la Ley, si concurren los requisitos legalmente establecidos prevalece el derecho del socio minoritario, aunque su ejercicio suponga para la sociedad un coste económico como resulta claramente del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

En cuanto a la alegación en sí misma considerada de ser el socio minoritario que ha solicitado la auditoría administrador solidario de la entidad, cabe decir que se trata de una mera afirmación por parte del recurrente, sin acreditación alguna ni resultar este dato del expediente en cuestión, en concreto, de la contestación del registro mercantil a oficio de este Centro Directivo, expresamente se hace constar que el solicitante en esta sociedad no es administrador solidario según registro mercantil. Por este motivo específico el recurso tampoco puede prosperar dado que el motivo expuesto, basado en una mera afirmación, carece de virtualidad para fundamentar el derecho individual del socio reconocido en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. Así, 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, lo que no ha sido acreditado en el presente expediente, 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).

Si bien, y como resulta del expediente obrante en este Centro Directivo, no se acredita que el socio solicitante sea efectivamente administrador solidario, por tanto, en este caso, debe concluirse que cabe apreciar la concurrencia del oportuno interés protegible en dicho socio.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Ávila, don Jesús María Jiménez Jiménez, de fecha 24 de julio de 2020, debiendo procederse al nombramiento de auditor solicitado, dado que no se ha acreditado su nombramiento fehaciente anterior a la solicitud, ni dicho nombramiento consta inscrito en el registro mercantil, ni se ha acreditado la aportación al expediente del informe de verificación ni su entrega al socio solicitante, todo ello 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 pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 5 de noviembre de 2020 (4.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 5 de noviembre de 2020 (5.ª)

En el expediente 72/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Morañiegos de Ovino, S.L.».

HECHOS

I

Don P.C.S.L. presentó escrito de fecha 5 de marzo de 2020 dirigido al Registro Mercantil de Ávila, en el que tuvo su entrada el día 26 de junio de 2020, en el que solicitó, como titular de más del 5% del capital social de «Hermanos Sánchez López, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

II

Por el Registro Mercantil de Ávila se dio traslado de la anterior solicitud a la mercantil por resolución de fecha 3 de julio de 2020, para que, en caso de considerarlo oportuno, ejercitara su derecho de oposición conforme al artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil.

III

La sociedad se opuso a la pretensión del socio por medio de escrito de fecha 17 de julio de 2020, que tuvo su entrada en el Registro Mercantil el mismo día 17 de julio, suscrito por don T.S.L., en su condición de administrador solidario de la mercantil, alegando, en esencia, tener ya auditor voluntario nombrado para el ejercicio solicitado, así como, según manifiesta, ser además el socio solicitante administrador solidario de la mercantil.

IV

El registrador mercantil de Ávila, don Jesús María Jiménez Jiménez, dictó resolución de fecha 24 de julio de 2020, por la que resuelve la procedencia del nombramiento solicitado ya que, según resulta de la propia resolución registral, «es doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado que el nombramiento por el Registrador, si concurren en el socio las circunstancias de capital y tiempo legalmente exigidas, procede, como regla general que es, y la excepción la constituye el que la Sociedad haya designado un auditor con carácter voluntario con anterioridad a la solicitud y que quede garantizado el derecho del socio en cualquiera de las formas señaladas en la resolución registral, (inscripción del nombramiento en el Registro, entrega del informe al socio solicitante o incorporación del mismo al expediente), según Resolución de 19 de enero de 2.006».

Además, en dicha resolución se pone de manifiesto que el escrito de oposición se ha recibido fuera de plazo, en los términos siguientes: «una vez transcurrido el plazo de oposición conforme a lo dispuesto en el artículo 354.º2 del RRM que se notificó a la Sociedad con fecha 8 de julio de 2.020 y acusando la Sociedad con fecha 9 de julio último, habiendo

recibido oposición fuera de plazo con fecha 17 de julio de 2.020»; y a la vista de la documentación que forma parte del expediente, resuelve en los términos antes expresados.

V

Don T.S.L., en nombre y representación de la mercantil, como administrador solidario de la misma, mediante escrito de fecha 7 de agosto de 2020, que tuvo su entrada en el Registro Mercantil de Ávila el mismo día 7 de agosto, interpuso recurso contra dicha resolución de 24 de julio de 2020, reiterando, en esencia, los argumentos de su escrito de oposición y añadiendo el primero que se dirá a continuación, en concreto, alega:

1.º Estar dictada la resolución registral fuera del plazo habilitado para ello, ya que, según manifiesta el recurrente, «ha recibido la resolución transcurridos 12 días después de la presentación de nuestro escrito de oposición, por lo que la resolución es nula por extemporánea, al haber transcurrido más del plazo de cinco días para la resolución» a que se refiere el artículo 354.3 del Reglamento del Registro Mercantil.

2.º Tener ya auditor voluntario nombrado para el ejercicio solicitado y presentarse dicho nombramiento para su inscripción en el Registro.

3.º «Que ningún derecho de la minoría se ve truncado porque el socio minoritario que ha solicitado la auditoria es administrador solidario de la entidad, con lo que podría haber encargado él mismo la auditoría. Pero ha preferido hacerlo de este modo para que suponga un mayor coste económico a la sociedad. Supone un abuso de su derecho, con un ejercicio antisocial del mismo, lo que está proscrito por el art. 7.2 del Código Civil»; todo ello según manifiesta el interesado en su escrito de recurso.

VI

Con posterioridad a la interposición del recurso expresado en el antecedente anterior, con fecha 18 de agosto de 2020, tiene entrada en esta Dirección General oficio remitido por el registrador mercantil de Ávila, don Jesús María Jiménez Jiménez, adjuntando copia del escrito aportado por la sociedad en cuestión, indicando que en fecha 7 de agosto de 2020 procedió a la solicitud de inscripción de auditor de cuentas en el registro mercantil -la cual adjunta-, solicitando del propio registro tener por aportada la documentación y su incorporación al recurso interpuesto por la misma ante en el Registro para ante esta Dirección General.

VII

Asimismo, posteriormente, y con fecha 17 de septiembre de 2020, tiene entrada en esta Dirección General oficio remitido por el registrador mercantil de Ávila, don Jesús María Jiménez Jiménez, adjuntando copia de la nota de calificación de fecha 18 de agosto de 2020 por la que, en relación con la solicitud de inscripción de auditor a que se refiere el antecedente de hecho anterior, «suspende la calificación del documento hasta la resolución por parte de la Dirección General de seguridad Jurídica y Fe Pública del recurso interpuesto ante la resolución de solicitud de nombramiento de auditor por socio minoritario conforme a lo dispuesto en el artículo 265.2 Ley de Sociedades de Capital».

VIII

Finalmente, tras oficio remitido por esta Dirección General al registro mercantil con fecha 23 de septiembre de 2020, tiene entrada en este Centro Directivo contestación al mismo por parte del registrador mercantil de Ávila de fecha 25 de septiembre de 2020 en la que hace constar, y en lo que a esta sociedad interesa:

1.º Que no consta la inscripción en el registro mercantil del nombramiento de auditor en relación con la sociedad en cuestión.

2.º Que tampoco consta en relación con la sociedad en cuestión la entrega del informe de verificación de cuentas correspondientes al ejercicio 2019 al socio solicitante ni a este registro.

3.º Asimismo, que don P.C.S.L. consta como administrador solidario de la mercantil «Morañiegos de Ovino, S.L.», según resulta de la inscripción 1.ª de la hoja social.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 40 y siguientes, 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. La primera cuestión planteada en el recurso es la de estar dictada la resolución registral fuera del plazo habilitado para ello, ya que, según manifiesta el recurrente, «ha recibido la resolución transcurridos 12 días después de la presentación de nuestro escrito de oposición, por lo que la resolución es nula por extemporánea, al haber transcurrido más del plazo de cinco días para la resolución» a que se refiere el artículo 354.3 del Reglamento del Registro Mercantil.

En este sentido, cabe afirmar que la resolución está dictada con fecha 24 de julio de 2020, por tanto, dentro del plazo de cinco días a que se refiere el artículo 354.3 del Reglamento del Registro Mercantil, sin perjuicio de que la misma haya sido recibida por el recurrente el 4 de agosto de 2020, bastando que la misma se proceda a notificar dentro de los diez días siguientes a la fecha misma de la resolución, de acuerdo con los artículos 40 y siguientes de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Así, el artículo 40.2 de la citada Ley dispone en este punto que «toda notificación deberá ser cursada dentro del plazo de diez

días a partir de la fecha en que el acto haya sido dictado…»; que es como ha quedado cumplimentado.

2. En cuanto al segundo motivo de recurso, en concreto, tener ya auditor voluntario nombrado para el ejercicio solicitado y presentarse dicho nombramiento para su inscripción en el Registro, 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 auditoria 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. Ninguna de las tres circunstancias anteriores resulta acreditada en el expediente obrante en esta Dirección General.

Son datos a tener en cuenta en el presente expediente:

1.º Que el socio presenta su solicitud en el registro mercantil con fecha 5 de marzo de 2020.

2.º Que la sociedad manifiesta que nombró auditor voluntario para el mismo ejercicio con carácter anterior a la solicitud, sin expresar claramente su fecha, estando suscrita la carta de solicitud de encargo, que no su acuerdo o decisión de nombramiento, el 28 de diciembre de 2019; si bien, no consta legitimación notarial de firma alguna ni dato que permita tener en cuenta la fehaciencia de la fecha en cuestión.

3.º Que la auditora en principio designada por la sociedad acepta su encargo con fecha 15 de julio de 2020, estando legitimada notarialmente la firma del aceptante del encargo en nombre de la auditora en la misma fecha, esto es, 15 de julio de 2020.

4.º Que el nombramiento de auditor para el ejercicio en cuestión fue presentado en el registro mercantil con fecha 7 de agosto de 2020, y suspendida su calificación con fecha 18 de agosto de 2020, en los términos expresados en el antecedente VII.

5.º Que no resulta del expediente obrante en esta Dirección General haberse cumplido ninguna de las tres circunstancias más arriba dichas que enervarían la procedencia de designación de auditor por el registrador mercantil al encontrarse en esos casos suficientemente protegido el interés del socio solicitante, esto es, inscripción en el Registro Mercantil de la designación de auditor voluntario, la aportación al expediente del informe de verificación o la justificación de que se ha entregado al socio solicitante.

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.

El recurso, por este motivo específico, no ha de prosperar ya que, a la vista de la documentación que forma parte del expediente y los datos antes relacionados, no se acredita de manera fehaciente el nombramiento voluntario de auditor anterior a la solicitud del socio, ni su inscripción en el Registro Mercantil, de modo 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 pueden enervar la procedencia de designación de auditor por el registrador mercantil, y nada de ello resulta acreditado en el expediente obrante en esta Dirección General. 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 cualesquiera otras cuestiones, reservadas, en su caso, al correspondiente procedimiento judicial.

3. Finalmente, la tercera cuestión planteada por el recurrente en su escrito es la de ser el socio minoritario que ha solicitado la auditoria administrador solidario de la entidad; afirmación ésta, en principio, meramente manifestada sin acreditación alguna por su parte, si bien así resulta del expediente a la vista del antecedente de hecho VIII y según se desprende del propio registro mercantil, lo que supone, a criterio del recurrente, un abuso de su derecho, con un ejercicio antisocial del mismo, lo que está proscrito por el art. 7.2 del Código Civil.

En este punto conviene comenzar señalando en relación con el abuso de derecho en este tipo de expedientes que es doctrina consolidada de esta Dirección que siendo indiscutible que nuestro ordenamiento jurídico no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo por lo que el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización de buena fe (art. 7 del Código Civil), también lo es que la apreciación de tales circunstancias resulta imposible en un procedimiento como el presente cuyo limitado conocimiento

material y competencial lo impide, sin perjuicio del derecho de los interesados a acudir a los Tribunales de Justicia en defensa de su posición jurídica (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010 y 11 de marzo de 2014, entre otras).

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

Directamente relacionado con lo anterior, el interés del socio que reclama el nombramiento de auditor no es ni puede ser objeto de valoración en el estrecho ámbito de este expediente. Como es doctrina reiterada (*vide* resoluciones de 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010, entre otras), el objeto de este procedimiento se limita a determinar si concurren o no los requisitos legales para la procedencia de nombramiento de auditor a instancia de la minoría sin que dentro de su estrecho cauce pueda pretenderse el conocimiento de otras materias reservadas a otras Administraciones o a los Tribunales de Justicia (arts. 354.3 y 359 del Reglamento del Registro Mercantil). Si la parte recurrente plantea cuestiones que tienen por objeto la valoración de la conducta de las solicitantes debe actuar en la instancia que en cada caso sea competente sin que puedan impedir que las socias ejerciten debidamente el derecho que les reconoce el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. Consecuentemente, y por disposición expresa de la Ley, si concurren los requisitos legalmente establecidos prevalece el derecho del socio minoritario, aunque su ejercicio suponga para la sociedad un coste económico como resulta claramente del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

En cuanto a la alegación en sí misma considerada de ser el socio minoritario que ha solicitado la auditoría administrador solidario de la entidad, cabe decir que si bien se trata, en principio, de una mera afirmación por parte del recurrente, sin acreditación alguna por su parte, lo cierto es que sí resulta del expediente a la vista del antecedente de hecho VIII y de la comunicación enviada por el propio registrador, dado que el solicitante sí resulta ser, según registro mercantil, administrador solidario según la inscripción 1.ª del propio registro; de tal modo que, por este motivo específico, el recurso sí ha de prosperar. Así, 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, lo que ha sido acreditado en el presente expediente en los términos más arriba expresados, porque en ambos casos habría podido contratar por sí mismo los servicios de un auditor ajeno a la empresa si lo hubiera creído conveniente en ejercicio de su competencia de gestión de la sociedad, lo que no habría podido hacer si la administración fuera mancomunada, o colegiada, dado que habría tenido que contar con el consentimiento de los demás (resoluciones de 27 de mayo de 2007, 3 de septiembre de 2008, 1 de septiembre de 2011 y 12 de septiembre de 2012, 4, 5, 17 y 18 de septiembre y 2 de diciembre de 2014 entre otras).

Como resulta del expediente obrante en este Centro Directivo, ha quedado acreditado que el socio solicitante es efectivamente administrador solidario, por tanto, en este caso concreto, debe concluirse que no cabe apreciar la concurrencia del oportuno interés protegible en dicho socio.

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Ávila, don Jesús María Jiménez Jiménez, de fecha 24 de julio de 2020, en los términos que resultan de los 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 pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 5 de noviembre de 2020 (5.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 5 de noviembre de 2020 (6.ª)

En el expediente 83/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Forn Alberic, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., nombre y representación de la entidad «El Plaer de ma Vida, S.L.», presentó escrito de fecha 25 de marzo de 2020, dirigido al Registro Mercantil de Valencia, en el que tuvo su entrada el día 31 del mismo mes, en el que solicitó al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, y como titular la citada «El Plaer de ma Vida, S.L.» de más del 5% del capital social de la mercantil «Forn Alberic, S.L.» (concretamente manifiesta ser titular del 51% del capital social), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil en el domicilio social por resolución de fecha 11 de junio de 2020 para que, si lo estima oportuno, formule la correspondiente oposición a tal nombramiento.

Mediante escrito de fecha 16 de junio de 2020 la sociedad «Forn Alberic, S.L.» formula oposición alegando que el solicitante carece de la condición de socio y por tanto de legitimación para instar el presente expediente, sin aportar principio de prueba que desvirtúe dicha legitimación. Dicho escrito no identifica al firmante del mismo ni, en su caso, el título del que se resultan sus facultades representativas orgánicas o voluntarias.

Mediante resolución de 30 de junio de 2020, el registro mercantil de Valencia requiere a la mercantil «Forn Alberic, S.L.» para que identifique debidamente al firmante del escrito de oposición a «efectos de acreditar la representación legal de la mercantil». Dicho requerimiento es reiterado por resolución de fecha 27 de julio de 2020.

La mercantil atiende dicho requerimiento por escrito de fecha 10 de julio de 2020 indicando que el administrador de la sociedad «Forn Algemesí, S.L.» (sociedad distinta de aquella respecto de la que se dirige el expediente), es don …..; subsanando el escrito de alegaciones por otro firmado por el citado don ….. en nombre de la mercantil «Forn Algemesí, S.L.»

III

El registrador mercantil de Valencia IV, don Juan Carlos Ramón Chornet, dictó resolución de fecha 1 de septiembre de 2020 por la que reiteró la necesidad de subsanación de la falta de identificación del suscribiente del escrito de alegaciones en nombre de la mercantil «Forn Alberic, S.L.», al haber presentado documentación relativa a otra sociedad como anteriormente se ha expuesto.

IV

Don ….., en nombre y representación de la mercantil «Forn Alberic, S.L.», interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 1 de septiembre de 2020, reiterando, en esencia, los argumentos anteriormente expuestos al negar la legitimidad del solicitante, que se dan por reproducidos.

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. En primer lugar, y desde el punto de vista formal, hay que tener en cuenta que el objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital prevé para que se acuerde la pertinencia del nombramiento de auditor a instancia de la minoría. La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la constitución española en relación a los arts. 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial). 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. Con carácter previo, debe confirmar este Centro Directivo que las alegaciones aportadas al presente expediente no pueden ser tenidas en consideración ya que, como resulta del mismo, no fue subsanado el defecto subsanable advertido por el funcionario calificador, al no resultar acreditada la identidad del suscribiente ni la representación orgánica o voluntaria que ejercía en nombre de la mercantil requerida, «Forn Alberic, S.L.»; aportando sendos escritos referidos a otra sociedad que nada tiene que ver con este expediente.

3. En el presente expediente el recurso planteado no puede prosperar por el motivo anteriormente referido, es decir, la falta de legitimación del solicitante al no ser titular de las participaciones sociales alegadas. Según se desprende de la inscripción primera de la hoja social de la mercantil «Forn Alberic, S.L.», resulta que el solicitante es titular de 28.000 participaciones

sociales, equivalentes al 51% del capital social. Sin embargo, del escrito de recurso, resulta la manifestación de que las mismas fueron transmitidas a un tercero, sin aportar principio de prueba alguno acreditativo de tal extremo.

Por tanto, debe concluirse que no ha quedado desvirtuada la legitimidad del solicitante, puesto que la propia mercantil en ningún momento desvirtúa el principio de prueba de la titularidad aportado por el solicitante, limitándose a negarlo de manera abstracta.

Por otra parte, y sobre la cuestión de la legitimación del socio minoritario ha tenido ocasión de pronunciarse reiteradamente esta Dirección General manteniendo que es suficiente la aportación de un principio de prueba para entenderla acreditada, pues se estima que el artículo 351.2 Reglamento del Registro Mercantil 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». Es por tanto a la sociedad a la que corresponde desvirtuar dicho principio de prueba, aportando, a su vez, prueba suficiente como para deducir que el solicitante no ostentaba, en el momento de la solicitud, la legitimación que alegó. Con ello se pretende no introducir un desequilibrio en el principio de igualdad jurídica de las partes intervinientes en el procedimiento.

En el presente expediente el peticionario aportó un principio de prueba por escrito de su titularidad sobre un porcentaje superior al 5% de las participaciones sociales, consistente en la propia inscripción constitutiva de la mercantil. Por todo ello, debe concluirse que la sociedad no ha desvirtuado el principio de prueba de la legitimidad del solicitante debiendo ser desestimado el presente recurso. Lo anterior, unido al cumplimiento por parte del solicitante 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 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 2019.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de registrador mercantil de Valencia IV, don Juan Carlos Ramón Chornet, de fecha 1 de septiembre de 2020.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia

donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 5 de noviembre de 2020 (6.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 5 de noviembre de 2020 (7.ª)

En el expediente 85/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Adolfo Ballester Catalá, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….., presentó escrito de fecha 29 de junio de 2020, dirigido al Registro Mercantil de Alicante, en el que tuvo su entrada el día 13 de julio, en el que solicitó al amparo del artículo 265.2 de la Ley 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 «Adolfo Ballester Catalá, S.L.» (concretamente manifiesta ser titular del 50% del capital social), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

Mediante resolución del Registro Mercantil de Alicante, de fecha 14 de julio de 2020, se requiere a la solicitante, en el domicilio a efecto de notificaciones por ella misma indicado en su solicitud, para que en el plazo de diez días subsane ciertos defectos de la referida instancia: concretamente su presentación por triplicado, la identificación de la solicitante mediante la legitimación de la firma o su ratificación ante el propio Registro Mercantil y la aportación de documentación acreditativa de su condición de socia. Se advierte en el propio requerimiento que, transcurrido dicho plazo sin haber procedido a su subsanación, se tendrá por desistida de dicha solicitud. Tal requerimiento es devuelto por el motivo de «desconocido» por la oficina de Correos de Calpe en fecha 7 de agosto de 2020.

El Registro Mercantil de Alicante reitera el requerimiento mediante la publicación de un anuncio en el BOE de fecha 17 de agosto de 2020. Dicho requerimiento es nuevamente desatendido.

II

El registrador mercantil de Alicante III, don José Manresa García, dictó resolución de fecha 2 de septiembre de 2020 por la que cierra el presente expediente al tenerse «por desistida dicha solicitud»

III

Doña …..interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 2 de septiembre de 2020, alegando, en esencia, la falta de recepción de la notificación en el domicilio designado aceptando como incontrovertido el anterior relato factico.

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. En primer lugar, y desde el punto de vista formal, hay que tener en cuenta que el objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital prevé para que se acuerde la pertinencia del nombramiento de auditor a instancia de la minoría. La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la constitución española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial). 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 no puede prosperar por el motivo anteriormente referido, es decir, la falta de notificación del requerimiento y, por tanto, la indefensión de la solicitante. Resulta acreditado del presente expediente la adecuada notificación realizada por el Registro Mercantil en el domicilio señalado por la propia recurrente, así como la devolución por la oficina de correos de Calpe indicando el motivo «desconocido». De igual modo, se desprende del mismo la notificación por medio de un anuncio publicado en el Boletín Oficial del Estado, dando estricto cumplimiento a las previsiones contenidas para la notificación de las resoluciones y actos administrativos en los artículos 42 y 44 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

3. Por otra parte, y sobre la cuestión de la legitimación del socio minoritario ha tenido ocasión de pronunciarse reiteradamente esta Dirección Gene-

ral manteniendo que es suficiente la aportación de un principio de prueba para entenderla acreditada, pues se estima que el artículo 351.2 Reglamento del Registro Mercantil 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». Es por tanto a la sociedad a la que corresponde desvirtuar dicho principio de prueba, aportando, a su vez, prueba suficiente como para deducir que el solicitante no ostentaba, en el momento de la solicitud, la legitimación que alegó. Con ello se pretende no introducir un desequilibrio en el principio de igualdad jurídica de las partes intervinientes en el procedimiento.

En el presente expediente el peticionario ni se identificó debidamente ni aportó un principio de prueba por escrito de su titularidad sobre un porcentaje superior al 5% de las participaciones sociales. Por todo ello, debe concluirse que no ha quedado acreditada la legitimación del solicitante debiendo ser desestimado el presente recurso.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de registrador mercantil de Alicante III, don José Manresa García, de fecha 2 de septiembre de 2020.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 5 de noviembre de 2020 (7.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 5 de noviembre de 2020 (8.ª)

En el expediente 88/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de socio de «Automáticos Carante, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….., en nombre y representación de don ….., presentó escrito de fecha 18 de agosto de 2020 dirigido al Registro Mercantil de Granada, en el que tuvo su entrada el día 19 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 «Automáticos Carante, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019. Junto con dicha instancia se acompaña copia de la escritura de poder otorgada por don ….. a favor de la presentante otorgada el día 24 de agosto de 2016 ante don José Miguel González Ardid, Notario de Santa Fe.

II

Por oficio del Registro Mercantil de Granada de fecha 25 de agosto de 2020 se da traslado a la sociedad de la solicitud presentada para que, en su caso, formule la oportuna oposición al nombramiento solicitado. La sociedad se opuso a la pretensión del socio por medio de escrito de fecha 2 de septiembre de 2020 suscrito por don ….., en su condición de administrador único de la mercantil, que tuvo su entrada en el Registro Granada el día 4 de septiembre alegando, en esencia, que la solicitud es extemporánea al haber sido presentada el día 19 de agosto.

III

El registrador mercantil de Granada II, don Francisco Germán Taboada Tejerizo, dictó resolución de fecha 11 de septiembre de 2020, por la que acordó no admitir la oposición y estimar la solicitud de nombramiento de auditor presentada.

IV

Don ….., en su condición de administrador único de la mercantil, por escrito de fecha 7 de octubre de 2020, que tuvo su entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Granada, 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. Como cuestión previa, es preciso señalar que el objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que, en este caso, 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 un socio que reúna al menos el 5% del capital en la sociedad en cuestión. Así, el artículo citado dispone que «en las sociedades que no estén obligadas a someter las cuentas anuales a verificación por un auditor, los socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social podrán solicitar del registrador mercantil del domicilio social que, con cargo a la sociedad, nombre un auditor de cuentas para que efectúe la revisión de las cuentas anuales de un determinado ejercicio siempre que no hubieran transcurrido tres meses a contar desde la fecha de cierre de dicho ejercicio». Por tanto, la competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones o conflictos entre los socios e interesados, que se desprenden de los escritos de alegaciones, recurso y documentos que se acompañan, que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la constitución española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

2. No puede estimarse el recurso interpuesto por el motivo alegado por la sociedad. De esta manera, respecto de la extemporaneidad de la solicitud hay que comenzar por recordar lo que disponen los artículos 253.1 y 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Así, el primero de los artículos citados establece que «los administradores de la sociedad están obligados a formular, en el plazo máximo de tres meses contados a partir del cierre del ejercicio social, las cuentas anuales, el informe de gestión, que incluirá, cuando proceda, el estado de información no financiera, y la propuesta de aplicación del resultado, así como, en su caso, las cuentas y el informe de gestión consolidados». Por su parte, el artículo 265.2 del Texto Refundido señalado dispone que «en las sociedades que no estén obligadas a someter las cuentas anuales a verificación por un auditor, los socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social podrán solicitar del registrador mercantil del domicilio social que, con cargo a la sociedad, nombre un auditor de cuentas para que efectúe la revisión de las cuentas anuales de un determinado ejercicio siempre que no hubieran transcurrido tres meses a contar desde la fecha de cierre de dicho ejercicio».

Por otro lado, por la Disposición final 8.ª del Real Decreto-Ley 19/2020, de 26 de mayo, se han modificado los apartados 3 y 5 del artículo 40 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, viniendo a establecer que la obligación de formular las cuentas anuales, ordinarias o abreviadas, individuales o con-

solidadas, en el plazo de tres meses a contar desde el cierre del ejercicio social queda suspendida hasta el 1 junio de 2020, reanudándose de nuevo por otros tres meses a contar desde esa fecha. En este sentido, la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública 5 de junio de 2020, citada en los vistos, señala que «…la nueva redacción del precepto fija un día concreto, el día 1 de junio de 2020, para el inicio del cómputo del plazo de tres meses para la formulación de las cuentas anuales correspondientes al último ejercicio cerrado por una sociedad de capital y fija el plazo de dos meses desde su transcurso para la aprobación de las cuentas anuales formuladas. Esta Dirección General considera que el plazo se computa en los mismos términos en que se computa el plazo previsto en la Ley de Sociedades de Capital para la formulación de las cuentas, para su aprobación por la junta general y para su depósito en el Registro Mercantil. Al igual que ocurre en el supuesto de cierre de ejercicio social en que el primer día para la formulación de las cuentas es el siguiente al último del mes correspondiente al fin del ejercicio, 1 de enero para las sociedades cuyo cierre se produce el 31 de diciembre de cada año, la norma a que se refiere la consulta fija el día 1 de junio de 2020 como día inicial para el cómputo del plazo de tres meses para la formulación de las cuentas, siendo el día final o dies ad quem, el día 31 de agosto de 2020. A los plazos restantes se les aplica la misma lógica, a salvo lo que se dirá para el cierre de la hoja social…». Continúa afirmando la Dirección General en la consulta en cuestión que «Esta es la interpretación más acorde con la legislación ordinaria y con la propia exposición de motivos del Real Decreto-Ley 19/2020, de 26 de mayo que se expresa en los siguientes términos: «Adicionalmente, se reduce de tres a dos meses el plazo para aprobar las cuentas anuales desde la formulación, con lo que las empresas dispondrán antes de unas cuentas aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil y se armoniza dicho plazo para todas las sociedades, sean o no cotizadas, en modo tal que todas deberán tener las cuentas aprobadas dentro de los diez primeros meses del ejercicio.».

Estas mismas razones de interpretación acorde con la legislación citada y analogía –artículo 4.1 del Código Civil– llevan consigo que en el caso que nos ocupa, de solicitud efectuada conforme al artículo 265.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, se considere que el plazo de tres meses a contar desde el cierre del ejercicio social quede suspendido hasta el 1 junio de 2020 y que, en consecuencia, dicho plazo se inicie en tal fecha y concluya el 31 de agosto de 2020. Es más, la propia resolución de consulta llega a afirmar, como ya se ha expresado que «A los plazos restantes se les aplica la misma lógica, a salvo lo que se dirá para el cierre de la hoja social». En definitiva, suspendido el plazo en los términos expresados hasta el 1 de junio de 2020 y presentado el escrito de solicitud de nombramiento de auditor con fecha 19 de agosto, es evidente que se encuentra presentado el mismo tempestivamente.

3. Por tanto, habiendo quedado acreditado el 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 2019.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil Granada II, don Francisco Germán Taboada Tejerizo, de fecha 11 de septiembre de 2020, por la que acordó no admitir la oposición y estimar la solicitud de nombramiento de auditor presentada para las cuentas correspondientes al ejercicio 2019.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 5 de noviembre de 2020 (8.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 5 de noviembre de 2020 (9.ª)

En el expediente 89/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Alter Anima, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 2 de julio de 2020, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, 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 la mercantil «ALTER ANIMA,

S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil en el domicilio social por resolución de fecha 6 de julio de 2020, para que, en su caso, formule oposición a tal solicitud.

Don ….., en nombre y representación de la mercantil, formula oposición en el plazo legalmente previsto mediante escritos de fechas 16 y 22 de julio de 2020, que tuvieron su entrada en el Registro Mercantil los días 17 y 23 de julio respectivamente. En dichos escritos alega, en esencia, que el solicitante carece de la titularidad de al menos el 5% del capital social, negando su legitimación al efecto, ya que se acordó el aumento de capital de la mercantil elevado a público en escritura otorgada el 24 de junio de 2020 ante el Notario de Madrid don Fernando Sánchez Arjona Bonilla, presentada en el Registro Mercantil causando el asiento de presentación 486 del Libro Diario 3043. Alega igualmente que la sociedad ha designado auditor voluntario en fecha y forma, sin acreditar dicho extremo.

III

El registrador mercantil de Madrid XIII, don Juan Sarmiento Ramos, dictó resolución de fecha 28 de julio de 2020 por la que resolvió estimar la oposición y acordó la improcedencia del nombramiento solicitado al haber quedado inscrito el aumento de capital en fecha 27 de julio de 2020, inscripción tercera de la hoja social, y carecer, por tanto, el socio solicitante de la titularidad de al menos 5% de capital social.

IV

Don ….., interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 27 de julio de 2020, alegando, en esencia, irregularidades en la convocatoria de la junta que acordó el aumento de capital, así como la presunta comisión de determinados ilícitos penales por parte del administrador único de la mercantil don …

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. En primer lugar, y desde el punto de vista formal, hay que tener en cuenta que el objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital prevé para

que se acuerde la pertinencia del nombramiento de auditor a instancia de la minoría. La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la constitución española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial). 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 no puede prosperar por el motivo anteriormente referido. Así, el objeto del presente recurso se circunscribe a determinar si el aumento de capital acordado e inscrito con anterioridad a la solicitud del nombramiento de auditor, puede ser tenido en cuenta a los efectos del cómputo de capital del socio peticionario, y esta Dirección General ha sostenido de forma uniforme que la respuesta es afirmativa (*vide* por todas las resoluciones de 18 de junio de 2010, 7 de octubre de 2013 y de 23 de abril de 2014).

El artículo 296 de la Ley de Sociedades de Capital dispone que los aumentos de capital habrán de acordarse con los requisitos establecidos para la modificación de los estatutos sociales. Se deriva del artículo 290 del mismo cuerpo legal, que dichos acuerdos se harán constar en escritura pública que se inscribirá en el Registro Mercantil. Resulta así que, siendo la inscripción precisa en los acuerdos de aumento de capital, y habiéndose producido ésta, como es el caso, no cabe sino declarar que, para el Registro, el solicitante no seguía siendo titular de más del 5% del capital social y, en consecuencia, carece de legitimación para instar el nombramiento de auditor solicitado. La circunstancia de haberse acordado un aumento de capital en Junta General no podría por sí solo desvirtuar las afirmaciones posteriores ya que, para que surta efectos dicho acuerdo frente a terceros, es preciso elevarlo a escritura pública e inscribirlo en el Registro Mercantil (art. 21 del Código de Comercio) como resulta acreditado presente expediente.

3. Cuestión distinta es si la inscripción tiene o no carácter constitutivo. Ciertamente y como pusiera de relieve la resolución de 4 de febrero de 2013, no pueden confundirse los diferentes planos en los que actúa la eficacia del acuerdo no inscrito. De conformidad con lo establecido en el artículo 159 de la Ley de Sociedades de Capital el acuerdo social se produce por la concurrencia del régimen de votación previsto en la Ley, momento en el que: «2. Todos los socios, incluso los disidentes y los que no hayan participado en la reunión, quedan sometidos a los acuerdos de la junta general», añadiendo el artículo 202 que: »3. Los acuerdos sociales podrán ejecutarse a partir de la fecha de la aprobación del acta en la que consten».

Desde ese momento el acuerdo social despliega efectos y los socios pueden y deben actuar en consecuencia, quedando vinculados por los mismos. Ahora bien, la conclusión anterior no puede confundirse con el carácter constitutivo de la inscripción (sobre lo que no procede un pronunciamiento expreso al ser irrelevante a los efectos de esta resolución), ni con la oponibilidad del acuerdo frente a terceros. Esta última circunstancia, que es la que propiamente constituye el objeto de la presente, está supeditada en nuestro ordenamiento a su debida publicación en los casos legalmente previstos (art. 21 del Código de Comercio). Lo que no podría pretenderse es hacer valer frente a terceros un acuerdo social que ha permanecido en la clandestinidad durante un prolongado periodo de tiempo, máxime cuando el administrador estaba obligado a presentarlo a inscripción en el plazo de un mes desde su adopción, a fin de que desenvolviese todos los efectos previstos en el ordenamiento y no solo los meramente internos (*vide* art. 19 del Código de Comercio en relación a los artículos 81.2, 83 y 94.1.2.ª del Reglamento del Registro Mercantil). Por tanto, el presente motivo de recurso debe ser desestimado.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid XIII, don Juan Sarmiento Ramos, de fecha 28 de julio de 2020, por la que resolvió estimar la oposición y acordó la improcedencia del 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 pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 5 de noviembre de 2020 (9.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 5 de noviembre de 2020 (10.ª)

En el expediente 91/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de socio de «Servicios Especiales de Codificación, S.A.».

HECHOS

I

Don ….., presentó escrito de fecha 21 de agosto de 2020 dirigido al Registro Mercantil de Bilbao, 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 «Servicios Especiales de Codificación, S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

II

Por oficio del Registro Mercantil de Bilbao de fecha 21 de agosto de 2020 se da traslado a la sociedad de la solicitud presentada para que, en su caso, formule la oportuna oposición al nombramiento solicitado. La sociedad se opuso a la pretensión del socio por medio de escrito de fecha 27 de agosto de 2020 suscrito por don ….., en su condición de apoderado de la mercantil, que tuvo su entrada en el Registro Bilbao el día 1 de noviembre alegando, en esencia, que la solicitud es extemporánea al haber sido presentada el día 21 de agosto.

III

El registrador mercantil de Bilbao I, don Carlos Alonso Olarra, dictó resolución de fecha 8 de septiembre de 2020, por la que acordó no admitir la oposición y estimar la solicitud de nombramiento de auditor presentada.

IV

Don ….., en su condición de apoderado de la mercantil, por escrito firmado en fecha 1 de octubre de 2020, que tuvo su entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Bilbao, 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. Como cuestión previa, es preciso señalar que el objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que, en este caso, 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 un socio que reúna al menos el 5% del capital en la sociedad en cuestión. Así, el artículo citado dispone que «en las sociedades que no estén obligadas a someter las cuentas anuales a verificación por un auditor, los socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social podrán solicitar del registrador mercantil del domicilio social que, con cargo a la sociedad, nombre un auditor de cuentas para que efectúe la revisión de las cuentas anuales de un determinado ejercicio siempre que no hubieran transcurrido tres meses a contar desde la fecha de cierre de dicho ejercicio». Por tanto, la competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones o conflictos entre los socios e interesados, que se desprenden de los escritos de alegaciones, recurso y documentos que se acompañan, que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la constitución española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

2. No puede estimarse el recurso interpuesto por el motivo alegado por la sociedad. De esta manera, respecto de la extemporaneidad de la solicitud hay que comenzar por recordar lo que disponen los artículos 253.1 y 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Así, el primero de los artículos citados establece que «los administradores de la sociedad están obligados a formular, en el plazo máximo de tres meses contados a partir del cierre del ejercicio social, las cuentas anuales, el informe de gestión, que incluirá, cuando proceda, el estado de información no financiera, y la propuesta de aplicación del resultado, así como, en su caso, las cuentas y el informe de gestión consolidados». Por su parte, el artículo 265.2 del Texto Refundido señalado dispone que «en las sociedades que no estén obligadas a someter las cuentas anuales a verificación por un auditor, los socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social podrán solicitar del registrador mercantil del domicilio social que, con cargo a la sociedad, nombre un auditor de cuentas para que efectúe la revisión de las cuentas anuales de un determinado ejercicio siempre que no hubieran transcurrido tres meses a contar desde la fecha de cierre de dicho ejercicio».

Por otro lado, por la Disposición final 8.ª del Real Decreto-Ley 19/2020, de 26 de mayo, se han modificado los apartados 3 y 5 del artículo 40 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, viniendo a establecer que la obligación de formular las cuentas anuales, ordinarias o abreviadas, individuales o consolidadas, en el plazo de tres meses a contar desde el cierre del ejercicio social queda suspendida hasta el 1 junio de 2020, reanudándose de nuevo por otros tres meses a contar desde esa fecha. En este sentido, la Resolución de la Direc-

ción General de Seguridad Jurídica y Fe Pública 5 de junio de 2020, citada en los vistos, señala que «…la nueva redacción del precepto fija un día concreto, el día 1 de junio de 2020, para el inicio del cómputo del plazo de tres meses para la formulación de las cuentas anuales correspondientes al último ejercicio cerrado por una sociedad de capital y fija el plazo de dos meses desde su transcurso para la aprobación de las cuentas anuales formuladas. Esta Dirección General considera que el plazo se computa en los mismos términos en que se computa el plazo previsto en la Ley de Sociedades de Capital para la formulación de las cuentas, para su aprobación por la junta general y para su depósito en el Registro Mercantil. Al igual que ocurre en el supuesto de cierre de ejercicio social en que el primer día para la formulación de las cuentas es el siguiente al último del mes correspondiente al fin del ejercicio, 1 de enero para las sociedades cuyo cierre se produce el 31 de diciembre de cada año, la norma a que se refiere la consulta fija el día 1 de junio de 2020 como día inicial para el cómputo del plazo de tres meses para la formulación de las cuentas, siendo el día final o dies ad quem, el día 31 de agosto de 2020. A los plazos restantes se les aplica la misma lógica, a salvo lo que se dirá para el cierre de la hoja social…». Continúa afirmando la Dirección General en la consulta en cuestión que «Esta es la interpretación más acorde con la legislación ordinaria y con la propia exposición de motivos del Real Decreto-Ley 19/2020, de 26 de mayo que se expresa en los siguientes términos: «Adicionalmente, se reduce de tres a dos meses el plazo para aprobar las cuentas anuales desde la formulación, con lo que las empresas dispondrán antes de unas cuentas aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil y se armoniza dicho plazo para todas las sociedades, sean o no cotizadas, en modo tal que todas deberán tener las cuentas aprobadas dentro de los diez primeros meses del ejercicio.».

Estas mismas razones de interpretación acorde con la legislación citada y analogía –art. 4.1 del Código Civil– llevan consigo que en el caso que nos ocupa, de solicitud efectuada conforme al artículo 265.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, se considere que el plazo de tres meses a contar desde el cierre del ejercicio social quede suspendido hasta el 1 junio de 2020 y que, en consecuencia, dicho plazo se inicie en tal fecha y concluya el 31 de agosto de 2020. Es más, la propia resolución de consulta llega a afirmar, como ya se ha expresado que «A los plazos restantes se les aplica la misma lógica, a salvo lo que se dirá para el cierre de la hoja social». En definitiva, suspendido el plazo en los términos expresados hasta el 1 de junio de 2020 y presentado el escrito de solicitud de nombramiento de auditor con fecha 21 de agosto, es evidente que se encuentra presentado el mismo tempestivamente.

3. Por tanto, habiendo quedado acreditado el 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 2019.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil Bilbao I, don Carlos Alonso Olarra, de fecha 8 de septiembre de 2020, por la que acordó no admitir la oposición y estimar la solicitud de nombramiento de auditor presentada para las cuentas correspondientes al ejercicio 2019.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 5 de noviembre de 2020 (10.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 11 de noviembre de 2020 (1.ª)

En el expediente A-62/2020 sobre nombramiento de auditor por concurrir circunstancias extraordinarias a instancia de la sociedad «Activotrade Valores Agencia de Valores, S.A.»

HECHOS

I

Por escrito de fecha 31 de julio de 2020 (con entrada en este Ministerio el día 5 de agosto), el registrador mercantil de Barcelona núm. 12, remite a esta Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública un escrito de don R.P.M., quien actúa en representación de la sociedad «Activotrade Valores Agencia de Valores, S.A.», en su calidad de consejero delegado por el que solicita al amparo del artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil el nombramiento como auditor de cuentas de la sociedad a la firma de auditoría BDO Auditores, S.L.P., a fin de llevar a cabo la realización del informe de verificación correspondiente al ejercicio 2018.

II

La solicitante considera de aplicación el precepto citado en base a las siguientes circunstancias:

1.º Que la sociedad tiene la obligación de realizar auditoría de cuentas por ser la misma una sociedad regulada por la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

2.º Que la auditora «BDO Auditores, S.L.P.» ha sido designada auditor de la sociedad desde el ejercicio 2011.

3.º Que la auditora «BDO Auditores, S.L.P.» ha realizado la auditoría relativa al ejercicio social cerrado en fecha 31 de diciembre de 2018, adjuntando el informe de auditoría.

4.º Que la auditora «BDO Auditores, S.L.P.» ha sido designada, de nuevo, para auditar los próximos ejercicios 2019, 2020 y 2021, adjuntando copia de la escritura pública de la resulta tal nombramiento.

Dadas las anteriores circunstancias se solicita que se proceda de forma excepcional a la designación de auditor en la forma prevista en el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil para la verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2018.

Junto con el escrito de solicitud, acompaña el solicitante los documentos en que fundamenta su solicitud.

III

Por su parte, el registrador mercantil de Barcelona núm. 12, don Jesús González García, emite informe de fecha 31 de julio de 2020 del que se deduce que puede entenderse justificada la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor para el ejercicio 2018, elevando el expediente a esta Dirección General de conformidad con el artículo 356.1 del Reglamento del Registro Mercantil.

En concreto, del informe del registrador se desprende que resultaría procedente el nombramiento de auditor para la verificación contable del ejercicio 2018 al resultar inscrito el nombramiento del citado auditor para verificar las cuentas anuales correspondientes a los ejercicios 2011 a 2017, así como resultar acreditado en el presente expediente el nombramiento para verificar las cuentas correspondientes a los ejercicios 2019 a 2021.

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, 19, 23 y 25 de enero de 2017, 25 de abril de 2018

y 31 de marzo y 5, 9 y 16 de septiembre de 2019, 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.

Como resulta de la doctrina citada, 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 econó-

mico 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. Además de las circunstancias especiales de tipo económico, basadas en el tamaño de la sociedad a auditar, existen otras posibles que justifican la competencia de esta Dirección 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.

En el presente expediente resultan, del escrito de solicitud a que se refiere los números II y III de los Hechos, circunstancias por las que procedería la aplicación del procedimiento excepcional de nombramiento, y que no se reiteran por haber sido ya reproducidas en dichos números.

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar la solicitud formulada ante esta Dirección General en los siguientes términos:

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 «Activotrade Valores Agencia de Valores, S.A.», a fin de que verifique las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018, al resultar del expediente que en la sociedad solicitante concurren causas que así lo justifican.

2.º Autorizar al registrador mercantil de Barcelona núm. 12, don Jesús González García, a designar a «BDO Auditores S.L.P.», como auditor de cuentas de la sociedad, para la revisión de sus cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018, de conformidad con el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil.

3.º Devolver el expediente al registro mercantil de Barcelona a fin de que proceda al referido nombramiento.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 11 de noviembre de 2020 (1.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 11 de noviembre de 2020 (2.ª)

En el expediente 82/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Panificadora Hermanos Sánchez, S.L.».

HECHOS

I

Doña …..presentó escrito de fecha 10 de marzo de 2020, dirigido al Registro Mercantil de Toledo, en el que tuvo su entrada el día 13 del mes citado, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Panificadora Hermanos Sánchez, S.L.» (en concreto, manifiesta ser titular del 25 % del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 16 de marzo de 2020 en el domicilio social por correo certificado con acuse de recibo, formulando oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito de fecha 1 de junio de 2020, que tuvo su entrada en el registro mercantil el día 5 del mismo mes, suscrito por don ….., en su condición de administrador único. En dicho escrito de oposición alega, en esencia, que la solicitante carece de legitimación para iniciar el presente expediente puesto que su «única relación con la sociedad es que era la esposa del socio don …..», quien falleció el 29 de agosto de 2019. Se acompaña copia del certificado de defunción acreditativo de tal extremo.

El registro mercantil de Toledo, mediante resolución de fecha 10 de junio de 2019, requiere a la solicitante para que aporte prueba acreditativa de su legitimación para instar el presente expediente.

Dicho requerimiento es atendido mediante escrito presentado en fecha 24 de julio de 2020, del que resulta el fallecimiento del esposo y socio, don ….., el día 29 de agosto de 2019. Resulta acreditado del presente expediente el otorgamiento de testamento abierto por el referido causante en fecha 20 de noviembre de 2018 ante don ….., Notario de Talavera de la reina, en el que, en esencia, lega a su esposa el usufructo universal y designa herederos a sus tres hijos y sus cuatro nietos (hijos de sus dos hijos premuertos), por quintas iguales partes, heredando los tres primeros por cabezas y los cuatro últimos por estirpes. Acompañan copia del mismo, así como del Certificado del Registro de Actos de Última Voluntad del Ministerio de Justicia.

Mediante sendos escritos de fechas 20 de enero, 21 de julio, y 23 de julio de 2020, los tres hijos designados herederos y los cuatro nietos designan a doña …..como representante de la comunidad hereditaria en todo lo referente a la mercantil «Panificadora Hermanos Sánchez, S.L.».

III

La registradora mercantil de Toledo, doña Pilar del Olmo López, dictó resolución de fecha 26 de agosto de 2020 por la que acordó desestimar dicha alegación y proceder al nombramiento de auditor solicitado para el ejercicio 2019.

IV

Don …..y don ….., como administradores de la sociedad, interpusieron recurso ante esta Dirección General contra la anterior resolución de fecha 26 de agosto de 2020, reiterando la falta de acreditación de la legitimación de la solicitante, sin aportar principio de prueba alguno contradictorio de la misma.

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, 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, Resolución de consulta de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de fecha 10 de abril de 2020, Disposición Final 8.ª del Real Decreto-Ley 19/2020, 26 de mayo, Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública 5 de junio de 2020 de consulta sobre interpretación del artículo 40.3 y.5 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo en relación al plazo de formulación de cuentas anuales de sociedades de capital y de depósito en sociedades no cotizadas, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. El recurso no puede prosperar dado que los fundamentos anteriormente expuestos carecen de virtualidad para fundamentar el derecho individual del socio reconocido en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

2. En primer lugar, no ha quedado desvirtuada la legitimidad de la solicitante puesto que la propia mercantil en ningún momento desvirtúa el principio de prueba de la titularidad aportado al expediente, como es la representación que a la misma corresponde respecto de la comunidad hereditaria.

Así, en el caso de este expediente, y según resulta del mismo, la solicitante manifiesta que ostenta facultades representativas respecto de la comunidad hereditaria del causante, don ….., titular incontrovertido del 50% del capital social. Acompaña para acreditar tal extremo copia del certificado de defunción, del certificado del Registro de Actos de Última Voluntad, del título sucesorio por el que debe regirse la sucesión, y escritos suscritos por todos los

llamados a la herencia en la que le designan representante de la comunidad hereditaria. Por tanto, debe concluirse que la sociedad no aporta principio de prueba alguno de desvirtúe la legitimidad reconocida a la instante.

En tal sentido, y sobre la cuestión de la legitimación del socio minoritario, ha tenido ocasión de pronunciarse reiteradamente esta Dirección General manteniendo que es suficiente la aportación de un principio de prueba para entenderla acreditada, pues se estima que el artículo 351.2 Reglamento del Registro Mercantil 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». Es por tanto a la sociedad a la que corresponde desvirtuar dicho principio de prueba, aportando, a su vez, prueba suficiente como para deducir que el solicitante no ostentaba, en el momento de la solicitud, la legitimación que alegó. Con ello se pretende no introducir un desequilibrio en el principio de igualdad jurídica de las partes intervinientes en el procedimiento.

3. En relación al régimen jurídico de la comunidad hereditaria debe recordarse la doctrina de este Centro Directivo. En este sentido conviene comenzar señalando que para el caso de una situación 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. Circunstancia esta de la pertenencia a la comunidad hereditaria que resulta acreditada en este expediente.

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, extremo acreditado en el caso de recurso, para que, como miembro de la comunidad hereditaria titular de las acciones, se ostentase legitimación para solicitar la auditoria (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).

4. 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, cotitularidad que, se insiste, en el caso objeto de recurso no se encuentra acreditada, 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 (art. 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).

Por tanto, de conformidad con la doctrina expuesta en los considerandos anteriores procedería la desestimación del recurso por falta de legitimación

del solicitante, al resultar acreditado tanto la pertenencia del solicitante a esa comunidad hereditaria del socio fallecido, como su designación como representante de la misma.

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 de acuerdo con los términos indicados en esta resolución, procede el nombramiento solicitado de auditor que efectúe la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2019.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Toledo, doña Pilar del Olmo López, de fecha 26 de agosto de 2020, por la que acordó desestimar dichas alegaciones y proceder al nombramiento de auditor solicitado para el ejercicio 2019.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 11 de noviembre de 2020 (2.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 11 de noviembre de 2020 (3.ª)

En el expediente 86/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Construcciones y Promociones, S.A.».

HECHOS

I

Doña …..presentó escrito dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 22 de enero de 2020, en el que solicitó al amparo del artículo 265.2 de la Ley 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 y Promociones, S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

Mediante resolución de fecha 23 de enero de 2020, el registro mercantil de Madrid requirió a la presentante para que, en el plazo de diez días, aportase los documentos acreditativos de su legitimación para instar el presente expediente. Dicho requerimiento es atendido por escrito de fecha 4 de febrero de 2020 suscrito por doña …..y don …..., resultando acreditada la titularidad entre ambos de 5292 acciones correspondientes al 21,60% del capital social.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil en el domicilio social por resolución de fecha 4 de febrero de 2020, para que, en su caso, formule oposición a tal solicitud. Dicha notificación fue devuelta por el servicio de correos por el motivo de «ausente». Reiterada la notificación fue entregada en el domicilio social el día 4 de marzo de 2020.

Don ….., en nombre y representación de la mercantil «Construcciones y Promociones, S.A.» en su condición de secretario del consejo de administración, formula oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito de fecha 5 de marzo de 2020, que tuvo su entrada en el Registro Mercantil de Madrid el día siguiente. En dicho escrito alega, en esencia la falta de legitimación de la solicitante al no acreditar la titularidad de las acciones alegadas, así como el nombramiento de auditor voluntario a instancia de la sociedad en fecha 30 de mayo de 2019 para los ejercicios 2018, 2019 y 2020; y su aceptación para auditar las cuentas correspondientes al ejercicio 2019. Acompaña a dicho escrito de oposición copia del acta de la Junta General de fecha 30 de mayo de 2019, así como escrito de aceptación del encargo suscrito por «Valor Auditores, S.L.P.» de fecha 5 de junio de 2019.

Mediante resolución de fecha 12 de marzo de 2020, el Registro Mercantil de Madrid requiere a la sociedad para que acredite bien la inscripción del auditor designado, o bien para que acredite la puesta a disposición de los accionistas del informe de auditoría o su incorporación al presente expediente.

Dicho requerimiento es atendido por la mercantil en fecha 26 de junio de 2020, acompañando copia del informe de auditoría emitido en fecha 15 de abril de 2020 por el auditor designado. Mediante nueva resolución del Registro Mercantil de Madrid de fecha 3 de julio de 2020 se requiere a la sociedad para que aporte el original del mismo, requerimiento que es debidamente atendido en fecha 9 de julio.

III

El registrador mercantil de Madrid XIV, don Miguel Seoane de la Parra, dictó resolución de fecha 10 de julio de 2020 por la que resolvió estimar la oposición y acordó la

improcedencia del nombramiento solicitado, al acompañar junto con escrito de oposición copia del referido informe de auditoría voluntaria.

IV

Doña ….., don …..y don ….. interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 10 de julio de 2020, alegando, en esencia, la falta de inscripción del auditor designado por la sociedad en el momento de la presentación de la solicitud por el socio minoritario, la falta de puesta a disposición de los socios del informe completo de auditoría correspondiente al ejercicio 2019, y la observancia de una serie de inexactitudes tanto en la convocatoria de la junta por la que se acordó el nombramiento, como en el propio informe de auditoría, que adolece de falta de independencia y objetividad.

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. 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 auditoria 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 22 de enero de 2020 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 General Ordinaria de fecha 30 de mayo de 2019 por la que acuerda la designación de «Valor Auditores, S.L.P» para realizar la auditoría correspondiente a los ejercicios 2018, 2019 y 2020, copia del escrito de aceptación del encargo por parte de la auditora de fecha 5 de junio de 2019; así como original del informe de auditoría correspondiente al ejercicio 2019 de fecha 15 de abril de 2020.

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 debe prosperar ya que ha quedado acreditado el nombramiento anterior del auditor voluntario a instancia de la sociedad requerida, resultando así de la documentación aportada por la misma sociedad al expediente en su escrito de oposición, concretamente copia del acta de la Junta General en la que se acordó su nombramiento celebrada con anterioridad a la presentación de la solicitud del socio minoritario, así como escrito de aceptación del encargo por parte del auditor designado de 5 de junio de 2019. 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 como resulta de la propia resolución recurrida, ha sido debidamente acreditada la incorporación del referido informe de auditoría correspondiente al ejercicio 2019 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 (art. 4.1 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas). Procedería, por tanto, por este mismo motivo la desestimación del recurso.

En consecuencia 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 desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid XIV, don José Miguel Seoane de la Parra, de fecha 10 de julio de 2020, por la que resolvió estimar la oposición y acordó la improcedencia del 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 pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 11 de noviembre de 2020 (3.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 11 de noviembre de 2020 (4.ª)

En el expediente 87/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Desarrollos en Energías Renovables, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….., en nombre y representación de la mercantil «Aicox Soluciones, S.A.», presentó escrito de fecha 30 de julio de 2020, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el mismo día 30, en el que solicitó al amparo del artículo 265.2 de la Ley 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 «Desarrollos en Energías Renovables, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil en el domicilio social por resolución de fecha 4 de agosto de 2020, para que, en su caso, formule oposición a tal solicitud.

Doña ….., en nombre y representación de la mercantil «Desarrollos en Energías Renovables, S.L.» en su condición de apoderada, formula oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito de fecha 19 de agosto de 2020, que tuvo su entrada en el Registro Mercantil de Madrid el mismo día 19 de agosto. En dicho escrito alega, en esencia:

1. Que la presentante no acredita sus facultades representativas en nombre de la mercantil solicitante, «Aicox Soluciones, S.A.».

2. La extemporaneidad de la solicitud, al haber sido presentada el día 30 de julio de 2020, resultando que la sociedad cierra su ejercicio social el día 31 de diciembre.

3. Que la sociedad ha designado auditor voluntario para el ejercicio 2019 a la mercantil «ETL Global Audit Assurance, S.L.», emitiendo el correspondiente informe de auditoría en fecha 13 de marzo de 2020. Copia de dicho informe se acompaña al escrito de oposición.

III

La registradora mercantil de Madrid XV, doña Emma Rojo Iglesias, dictó resolución de fecha 26 de agosto de 2020 por la que resolvió estimar la oposición y acordó la improcedencia del nombramiento solicitado, al acompañar junto con escrito de oposición copia del referido informe de auditoría voluntaria.

IV

Doña ….., en nombre y representación de la mercantil «Aicox Soluciones, S.A.», interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 26 de agosto de 2020, alegando, en esencia, ciertas deficiencias en el informe de auditoría emitido, así como la vulneración del principio de contradicción en la tramitación del expediente que concluyó con la resolución recurrida.

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. 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 auditoria 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 30 de julio de 2020 y, por otro, que la sociedad acredita que nombró auditor voluntario para el mismo ejercicio con carácter previo al acompañar copia del informe de auditoría correspondiente al ejercicio 2019 de fecha 13 de marzo de 2020.

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 debe prosperar ya que ha quedado acreditado el nombramiento anterior del auditor voluntario a instancia de la sociedad requerida, resultando así de la documentación aportada por la misma sociedad al expediente en su escrito de oposición, concretamente copia del propio informe de auditoría emitido con anterioridad a la presentación de la solicitud del socio minoritario. 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 como resulta del propio escrito de oposición, ha sido debidamente acreditada la incorporación del referido informe de auditoría correspondiente al ejercicio 2019 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 determi-

nar si expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación, ha sido debidamente cumplimentado (art. 4.1 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas). Procedería, por tanto, por este mismo motivo la desestimación del recurso.

En consecuencia 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 desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Madrid XV, doña Emma Rojo Iglesias, de fecha 26 de agosto de 2020, por la que resolvió estimar la oposición y acordó la improcedencia del 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 pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 11 de noviembre de 2020 (4.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 11 de noviembre de 2020 (5.ª)

En el expediente A-90/2020 sobre nombramiento de auditor por concurrir circunstancias extraordinarias a instancia de la sociedad «Serveis Municipals de Sant Esteve Sesrovires, S.L.U.»

HECHOS

I

Por escrito de fecha 1 de octubre de 2020 (con entrada en este Ministerio el día 13 de octubre), el registrador mercantil de Barcelona núm. 8, remite a esta Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública un escrito de don E.C.J., quien actúa en representación de la sociedad «Serveis Municipals de Sant Esteve Sesrovires, S.L.U.», en su calidad de presidente del consejo de administración, por el que solicita al amparo del artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil el nombramiento como auditor de cuentas de la sociedad a la firma de auditoría «GFS-Gafisa Barcelona Auditors, S.L.», a fin de llevar a cabo la realización del informe de verificación correspondiente al ejercicio 2019.

II

El solicitante considera de aplicación el precepto citado en base a las siguientes circunstancias:

1.º Que la auditora GFS-Gafisa Barcelona Auditors, S.L, está realizando la auditoría de las cuentas anuales del ejercicio 2018 de la sociedad «Serveis Municipals de Sant Esteve Sesrovires, S.L.U.».

2.º Que su designación para auditar las cuentas correspondientes al ejercicio 2019 supondría una mayor eficiencia en los trabajos de auditoría.

3.º Que su designación para auditar las cuentas correspondientes al ejercicio 2019 supondría una reducción de costes económicos para la sociedad «Serveis Municipals de Sant Esteve Sesrovires, S.L.U.».

Dadas las anteriores circunstancias se solicita que se proceda de forma excepcional a la designación de auditor en la forma prevista en el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil para la verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2019.

Junto con el escrito de solicitud, acompaña el solicitante los documentos en que fundamenta su solicitud.

III

Por su parte, el registrador mercantil de Barcelona núm. 8, don Nicolás Nogales Colmenarejo, tras resultar acreditado las cifras relativas al total de las partidas del activo, el importe neto de la cifra anual de negocios y el número medio de trabajadores empleados durante los ejercicios 2018 y 2019, emite informe de fecha 1 de octubre de 2020 del que se deduce que puede entenderse justificada la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor para el ejercicio 2019, elevando el expediente a esta Dirección General de conformidad con el artículo 356.1 del Reglamento del Registro Mercantil.

En concreto, del informe del registrador se desprende que resultaría procedente el nombramiento de auditor para la verificación contable del ejercicio 2019 al acreditar un adecuado conocimiento de las circunstancias contables de la mercantil solicitante, por lo que podría no estar económicamente justificado el nombramiento de un auditor distinto para llevar a cabo el cometido en cuestión, máxime cuando independientemente del auditor sobre el que recaiga el nombramiento su ejercicio se rige por los principios de independencia, objetividad e imparcialidad.

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, 19, 23 y 25 de enero de 2017, 25 de abril de 2018 y 31 de marzo y 5, 9 y 16 de septiembre de 2019, 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.

Como resulta de la doctrina citada, 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 econó-

mico 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. Además de las circunstancias especiales de tipo económico, basadas en el tamaño de la sociedad a auditar, existen otras posibles que justifican la competencia de esta Dirección 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.

En el presente expediente resultan, del escrito de solicitud a que se refiere los números II y III de los Hechos, circunstancias por las que procedería la aplicación del procedimiento excepcional de nombramiento, y que no se reiteran por haber sido ya reproducidas en dichos números.

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar la solicitud formulada ante esta Dirección General en los siguientes términos:

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 «Serveis Municipals de Sant Esteve Sesrovires, S.L.U.», a fin de que verifique las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019, al resultar del expediente que en la sociedad solicitante concurren causas que así lo justifican.

2.º Autorizar al registrador mercantil de Barcelona núm. 8, don Nicolás Nogales Colmenarejo, a designar a «GFS-Gafisa Barcelona Auditors, S.L.», como auditor de cuentas de la sociedad, para la revisión de sus cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019, de conformidad con el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil.

3.º Devolver el expediente al registro mercantil de Barcelona a fin de que proceda al referido nombramiento.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 11 de noviembre de 2020 (5.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 11 de noviembre de 2020 (6.ª)

En el expediente 81/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Materializa Gestiones e Inversiones, S.L.».

HECHOS

I

Doña …..presenta escrito de fecha 20 de marzo de 2020, dirigido al registro mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 24 del mismo mes, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de la mercantil «Materializa Gestiones e Inversiones, S.L. (titular del 49,99 % del mismo con carácter ganancial con su ex esposo don ….., el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes a los ejercicios 2016, 2017 y 2018.

Mediante resolución de fecha 1 de junio de 2020, el Registro Mercantil de Madrid requiere a la presentante para que, en el plazo de diez días, subsane el ejercicio respecto del que se solicita el nombramiento de auditor, así como para que aporte la documentación acreditativa de la presentación y admisión a trámite de la demanda de divorcio o, en su caso, la sentencia de divorcio por la que se acuerde la liquidación de la sociedad de gananciales.

Dicho requerimiento es atendido por escrito de fecha 9 de junio de 2020, que es presentado en el Registro Mercantil de Madrid el día 10 de junio, subsanando la solicitud presentada en el sentido de referirla al ejercicio 2019 y, a su vez, acompaña copia de la Sentencia de divorcio de fecha 18 de junio de 2019 dictada por la Audiencia Provincial Civil de Madrid, manifestando que la sociedad de gananciales se encuentra disuelta pero no liquidada.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 17 de junio de 2020 en el domicilio social, siendo recibido el día 25 del mismo mes, sin formular oposición en el plazo legalmente previsto.

III

La registradora mercantil de Madrid XVII, doña Carmen de Grado Sanz, dictó resolución de fecha 3 de agosto de 2020 por la que acordó desestimar la solicitud de nombramiento de auditor de cuentas para el ejercicio 2019 de la sociedad «Materializa Gestiones e Inversiones, S.L.».

IV

Doña ….. interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 3 de agosto de 2020, alegando que es titular con carácter ganancial de tales participaciones y por tanto legitimada para instar el 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. 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 (art. 27 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada), o que se acredite frente a la sociedad, mediante documento público o escritura pública, que se es titular de los derechos políticos derivados de dichas participaciones (art. 26 de la Ley especial)». Y continúa: «El hecho de que el titular de las participaciones sociales, como ocurre en el caso de autos, se halle casado bajo el régimen de sociedad de gananciales, no hace más que otorgar una serie de derechos al cónyuge no titular sobre el valor económico de tales participaciones a percibir dividendos, a una cuota determinada del valor de realización de las participaciones al momento de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, pero no le otorga derechos políticos frente a la sociedad salvo representación del titular (art. 49 de la Ley especial). Pero es que, aunque no fuera así y se considerara la existencia de una cotitularidad compartida sobre las participaciones, entraría en juego lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley especial, para supuestos de cotitularidad o copropiedad de participaciones, esto es, los cónyuges copartícipes habrían de designar una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio, designación que debería notificarse a la sociedad previamente a la Junta e inscribirse en el Libro Registro de socios, en aras de la seguridad jurídica y en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 26 y 27 de la Ley especial ya citados.»

Y con toda contundencia la Audiencia Provincial de Murcia en su sentencia de 19 de octubre de 2004: «…los títulos valores tienen dos facetas, una patrimonial y otra societaria, la primera comprendería la relación interna, esto es, la titularidad real, que en este caso es la sociedad ganancial, y la segunda afecta a su vertiente externa, la actuación frente a terceros, en que necesariamente ha de intervenir una sola persona física o jurídica…» Y termina: «Además, la solución es coherente con lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, que expresamente ordena que, en los supuestos de cotitularidad de derechos sobre participaciones, los cotitulares habrán de designar a una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio. Esta tesis viene confirmada por la Dirección General de Registros y del Notariado, en resolución de 25 de mayo de 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 (arts. 1390 y 1391 del Código Civil).

d) En caso de cotitularidad de acciones o participaciones sociales, los cotitulares deben designar a una sola persona para el ejercicio de los derechos inherentes a la condición de socio conforme al artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital (*vide* sentencia 727/2012 de 8 noviembre de la Audiencia Provincial de Murcia en cuanto a los límites del mandato). Cuando las participaciones o acciones pertenecen a ambos cónyuges con carácter ganancial se aplica la misma regla (*vide* sentencia 286/2013 de 11 diciembre de la Audiencia Provincial de Toledo).

6. De 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 postganan-

cial 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.

A mayor abundamiento debe recordarse que, la concreta situación fáctica relatada no avala aplicar la doctrina de este Centro Directivo, de conformidad con la doctrina expresada en la sentencia de la Audiencia Provincial de la Coruña de fecha 11 de marzo de 2010 (sentencia núm. 111/2010, sección cuarta, dictada contra resolución de esta Dirección General), 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 exista una situación de hecho que la sociedad no pueda ignorar ni ignore 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 artículo 7 del Código Civil también tiene algo que decir al respecto». Por tanto, el motivo de recurso no puede ser estimado.

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 3 de agosto de 2020, 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 pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 11 de noviembre de 2020 (6.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 19 de noviembre de 2020 (1.ª)

En el expediente 38/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «L'Hospitalet Rpark, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 19 de febrero de 2020, 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 «L'Hospitalet Rpark, S.L» (en concreto, manifiesta ser titular del 24 % del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 21 de febrero de 2020 en el domicilio social por correo certificado con acuse de recibo, formulando oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito de fecha 28 de febrero de 2020 que tuvo su entrada en el registro mercantil el mismo día 5 de marzo, suscrito por don …..y don ….., administradores solidarios de la mercantil. En dicho escrito de oposición alega, en esencia:

1. Que el solicitante fue administrador único de la mercantil desde el 10 de febrero de 2014 hasta el día 19 de diciembre de 2018.
2. Que conoce perfectamente la situación económica de la compañía «a través de otra socia» que ha solicitado, y tiene su disposición, extractos de la cuenta bancaria de la sociedad.
3. Y que el nombramiento de auditor supondría un gasto innecesario para la sociedad.

III

La registradora mercantil de Barcelona I, doña Dolores Fernández Ibáñez, dictó resolución de fecha 12 de marzo de 2020 por la que acordó no admitir dichas alegaciones y proceder al nombramiento de auditor solicitado para el ejercicio 2019.

IV

Don …..y don ….., administradores solidarios de la mercantil, interpusieron recurso ante esta Dirección General contra la anterior resolución de fecha 12 de marzo de 2020, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos.

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, 350 y siguientes del Real

Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, Resolución de consulta de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de fecha 10 de abril de 2020, Disposición Final 8.ª del Real Decreto-Ley 19/2020, 26 de mayo, Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública 5 de junio de 2020 de consulta sobre interpretación del artículo 40.3 y.5 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo en relación al plazo de formulación de cuentas anuales de sociedades de capital y de depósito en sociedades no cotizadas, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. El recurso no puede prosperar dado que los fundamentos anteriormente expuestos carecen de virtualidad para cercenar el derecho individual del socio reconocido en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. Así, en cuanto a la cuestión relativa a la condición administrador único del solicitante hasta el 19 de diciembre de 2018, no puede sostenerse la conclusión que se sigue por el recurrente en relación al conocimiento de la situación económica de la sociedad.

Es doctrina reiterada de esta Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública 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 durante todo el ejercicio social, plazo que no se da en el presente expediente al haber sido revocado de su cargo en diciembre de 2018, 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, en este caso, debe concluirse que sí cabe apreciar la concurrencia del oportuno interés protegible en el socio solicitante.

2. Por lo que se refiere a la alegación del supuesto conocimiento de la situación y contabilidad de la sociedad por parte del solicitante, en tanto que

el derecho de acceso a la información del socio ha sido respetado en todo momento a juicio del recurrente, 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.* Artículos 196 y 197 en relación con los artículos 253 y 272 de la Ley de Sociedades de Capital). Téngase en cuenta que el objeto de este expediente no es determinar si el socio minoritario puede acceder o no a la información contable sino si tiene derecho a que se designe un auditor a fin de obtener una opinión técnica, independiente e imparcial sobre si las cuentas «expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación» (art. 1 del Real Decreto Legislativo 22/2015, de 21 de julio por el que se aprueba la Ley de Auditoría de Cuentas).

3. En cuanto al motivo de alegación basado en el coste económico que la petición comporta para la sociedad, en concreto, como resulta del escrito de recurso, que la utilización del mecanismo del 265.2 de la LSC por el solicitante generaría una carga o gravamen económico para la sociedad que, 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, gastos innecesarios que la petición comportaría para la sociedad o, como es el presente caso, la expresa alegación de generar una carga o gravamen como consecuencia de las desavenencias sociales existentes (art. 267 de la Ley de Sociedades de Capital), no pueden ser estimadas, 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, con mayor motivo reuniendo el 24% como resulta del expediente, desvirtuando así los motivos de las alegaciones a que se refieren los antecedentes de hecho, y no habiendo transcurrido tres meses desde la fecha de cierre de dicho ejercicio de acuerdo con los términos indicados en esta resolución, procede el nombramiento solicitado de auditor que efectúe la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2019.

Atendiendo a las circunstancias de hecho y a los Fundamentos de Derecho expuestos, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Barcelona I, doña Dolores Fernández Ibáñez, de fecha 12 de marzo de 2020, por la que acordó no admitir dichas alegaciones y proceder al nombramiento de auditor solicitado para el ejercicio 2019.

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

De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 19 de noviembre de 2020 (1.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 19 de noviembre de 2020 (2.ª)

En el expediente 50/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de socio de «Viajes Timanfaya, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó escrito de fecha 20 de febrero de 2020 dirigido al Registro Mercantil de Lanzarote, 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 «Viajes Timanfaya, S.L.» (en concreto, manifiesta ser titular de 90 participaciones sociales equivalente al 34,75% del capital social), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

II

Por oficio del Registro Mercantil de Lanzarote de fecha 2 de marzo de 2020 se da traslado a la sociedad de la solicitud presentada, para que, si lo estima oportuno, formula la pertinente oposición. La sociedad se opuso a la pretensión del socio por medio de escrito suscrito por doña ….., en su condición de administradora de la mercantil, que tuvo su entrada en el Registro Mercantil de Lanzarote el 13 de marzo alegando, en esencia:

1.º Que el solicitante puede comprobar de la situación contable de la sociedad.
2.º Que el nombramiento de auditor supondría un gasto extraordinario.

III

El registrador mercantil de Lanzarote, don Emilio Campmany Bermejo, dictó resolución de fecha 26 de junio de 2020, 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, por escrito de fecha 17 de julio de 2020, que tuvo su entrada el día 20 del mismo mes en el Registro Mercantil, 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. Como cuestión previa, es preciso señalar que el objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que, en este caso, 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 un socio que reúna al menos el 5% del capital en la sociedad en cuestión. Así, el artículo citado dispone que «en las sociedades que no estén obligadas a someter las cuentas anuales a verificación por un auditor, los socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social podrán solicitar del registrador mercantil del domicilio social que, con cargo a la sociedad, nombre un auditor de cuentas para que efectúe la revisión de las cuentas anuales de un determinado ejercicio siempre que no hubieran transcurrido tres meses a contar desde la fecha de cierre de dicho ejercicio». Por tanto, la competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones o conflictos entre los socios e interesados, que se desprenden de los escritos de alegaciones, recurso y documentos que se acompañan, que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la constitución española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

2. No puede estimarse el recurso interpuesto por ninguno de los motivos alegados por la sociedad. En cuanto al motivo basado en el coste económico que la petición comporta para la sociedad, en concreto, como resulta del escrito de recurso, que la utilización del mecanismo del 265.2 de la LSC por el solicitante generaría una carga o gravamen económico para la sociedad, es cuestión sobre la que este Centro Directivo también ha tenido ocasión de pronunciarse en numerosas ocasiones. Así, alegaciones como las relativas a la situación económica de la sociedad, falta de tesorería para hacer frente a la auditoría, costes de la verificación contable, integrados esencialmente por el importe de los honorarios profesionales, gastos innecesarios que la petición comportaría para la sociedad o, como es el presente caso, la expresa alegación de generar una carga o gravamen como consecuencia de las desavenencias sociales existentes (art. 267 de la Ley de Sociedades de Capital), no pueden ser estimadas, 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 del posible conocimiento de la situación y contabilidad de la sociedad por parte del solicitante, en tanto que el derecho de acceso a la información del socio es respetado en todo momento a juicio del recurrente, 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.* Artículos 196 y 197 en relación con los artículos 253 y 272 de la Ley de Sociedades de Capital). Téngase en cuenta que el objeto de este expediente no es determinar si el socio minoritario puede acceder o no a la información contable sino si tiene derecho a que se designe un auditor a fin de obtener una opinión técnica, independiente e imparcial sobre si las cuentas «expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación» (art. 1 del Real Decreto Legislativo 22/2015, de 21 de julio por el que se aprueba la Ley de Auditoría de Cuentas).

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 en todo caso 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 2019.

Atendiendo a las circunstancias de hecho y a los Fundamentos de Derecho expuestos, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil Lanzarote, don Emilio Campmany Bermejo, de fecha 26 de junio de 2020, 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 pone fin a la vía administrativa.

De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de

diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 19 de noviembre de 2020 (2.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 19 de noviembre de 2020 (3.ª)

En el expediente 92/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de socio de «Proa Capital Holding, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., en nombre y representación de la mercantil «Almabeol, S.L.», en su condición de administrador único, presentó escrito de fecha 26 de mayo de 2020 dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 29 del mismo mes, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Proa Capital Holding, S.L.» (en concreto, manifiesta ser titular de 45.754 participaciones sociales equivalente al 15,68% del capital social), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

II

Por oficio del Registro Mercantil de Madrid de fecha 4 de junio de 2020 se da traslado a la sociedad de la solicitud presentada para que, si lo estima oportuno, formula la pertinente oposición. La sociedad se opuso a la pretensión del socio por medio de escrito suscrito por don ….., en su condición de administrador solidario de la mercantil, que tuvo su entrada en el Registro Mercantil de Madrid el 22 de junio alegando, en esencia:

1.º Que la sociedad «Proa Capital Holding, S.L.» es la cabecera de un grupo de sociedades estando las cuentas de todas ellas debidamente auditadas.

2.º Que el solicitante tiene perfecto conocimiento de la situación contable de la sociedad.

3.º Que la sociedad ha designado auditor voluntario en fecha 18 de junio de 2020, solicitando que el Registro Mercantil de Madrid designe al mismo auditor nombrado voluntariamente con posterioridad por la sociedad.

III

El registrador mercantil de Madrid XVIII, don Vicente Carbonell Serrano, dictó resolución de fecha 25 de julio de 2020, 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 solidario de la misma, por escrito de fecha 25 de septiembre de 2020 que tuvo su entrada el mismo día en el Registro Mercantil, interpuso recurso contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos, añadiendo además la concurrencia de mala fe y abuso de derecho en la solicitud formulada.

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. Como cuestión previa, es preciso señalar que el objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que, en este caso, 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 un socio que reúna al menos el 5% del capital en la sociedad en cuestión. Así, el artículo citado dispone que «en las sociedades que no estén obligadas a someter las cuentas anuales a verificación por un auditor, los socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social podrán solicitar del registrador mercantil del domicilio social que, con cargo a la sociedad, nombre un auditor de cuentas para que efectúe la revisión de las cuentas anuales de un determinado ejercicio siempre que no hubieran transcurrido tres meses a contar desde la fecha de cierre de dicho ejercicio». Por tanto, la competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones o conflictos entre los socios e interesados, que se desprenden de los escritos de alegaciones, recurso y documentos que se acompañan, que por su naturaleza

compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la constitución española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

2. No puede estimarse el recurso interpuesto pues los motivos alegados por la sociedad, comenzando por los relativos, en esencia, a la mala fe y al abuso de derecho por parte del socio solicitante, además de los económicos y el conocimiento de la situación contable por parte del socio solicitante, que más adelante se analizarán, no pueden imponerse al derecho individual del socio a que las cuentas del ejercicio sean objeto de auditoría.

Así, es doctrina consolidada de esta Dirección que siendo indiscutible que nuestro ordenamiento jurídico no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo por lo que el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización de buena fe (art. 7 del Código Civil), también lo es que la apreciación de tales circunstancias resulta imposible en un procedimiento como el presente cuyo limitado conocimiento material y competencial lo impide, sin perjuicio del derecho de los interesados a acudir a los Tribunales de Justicia en defensa de su posición jurídica (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010 y 11 de marzo de 2014, entre otras).

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

Directamente relacionado con lo anterior, el interés del socio que reclama el nombramiento de auditor no es ni puede ser objeto de valoración en el estrecho ámbito de este expediente. Como es doctrina reiterada (*vide* resoluciones de 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010, entre otras), el objeto de este procedimiento se limita a determinar si concurren o no los requisitos legales para la procedencia de nombramiento de auditor a instancia de la minoría sin que dentro de su estrecho cauce pueda pretenderse el conocimiento de otras materias reservadas a otras Administraciones o a los Tribunales de Justicia (arts. 354.3 y 359 del Reglamento del Registro Mercantil). Si la parte recurrente plantea cuestiones que tienen por objeto la valoración de la conducta de las solicitantes debe actuar en la instancia que en cada caso sea competente sin que puedan impedir que las socias ejerciten debidamente el derecho que les reconoce el artículo 265.2 de la Ley

de Sociedades de Capital. Consecuentemente, y por disposición expresa de la Ley, si concurren los requisitos legalmente establecidos prevalece el derecho del socio minoritario, aunque su ejercicio suponga para la sociedad un coste económico como resulta claramente del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

3. En cuanto al motivo de alegación basado en el coste económico que la petición comporta para la sociedad, en concreto, como resulta del escrito de recurso, que la utilización del mecanismo del 265.2 de la LSC por el solicitante busca generar una carga o gravamen económico para la sociedad «con el consiguiente problema de tesorería», 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, gastos innecesarios que la petición comportaría para la sociedad o, como es el presente caso, la expresa alegación de generar una carga o gravamen como consecuencia de las desavenencias sociales existentes (art. 267 de la Ley de Sociedades de Capital), no pueden ser estimadas, 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. Por lo que se refiere a la alegación del supuesto conocimiento de la situación y contabilidad de la sociedad por parte del solicitante, en tanto que el derecho de acceso a la información del socio ha sido respetado en todo momento a juicio del recurrente, 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.* Artículos 196 y 197 en relación con los artículos 253 y 272 de la Ley de

Sociedades de Capital). Téngase en cuenta que el objeto de este expediente no es determinar si el socio minoritario puede acceder o no a la información contable sino si tiene derecho a que se designe un auditor a fin de obtener una opinión técnica, independiente e imparcial sobre si las cuentas «expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación» (art. 1 del Real Decreto Legislativo 22/2015, de 21 de julio por el que se aprueba la Ley de Auditoría de Cuentas).

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 en todo caso 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 2019.

Atendiendo a las circunstancias de hecho y a los Fundamentos de Derecho expuestos, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil Madrid XVIII, don ….., de fecha 25 de junio de 2020, 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 pone fin a la vía administrativa.

De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 19 de noviembre de 2020 (3.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 19 de noviembre de 2020 (4.ª)

En el expediente 96/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de dos socios de «Planta Energía Solar Olivares I, S.L.»

HECHOS

I

Don ….. y don ….. presentan un escrito de fecha 15 de julio de 2020, dirigido al Registro Mercantil de Sevilla, en el que tuvo su entrada el día 24 del mismo mes, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titulares de más del 5% del capital social de «Planta Energía Solar Olivares I, S.L.» (concretamente titular del 24,78%), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

Acompañan copia de la escritura Elevación a Público de Acuerdos Sociales otorgada el 19 de agosto de 2008 ante don Juan Pedro Montes Agustí, Notario de Sevilla, por la que protocolizan los acuerdos adoptados en la Junta Universal de igual fecha. En la misma se acuerda, por unanimidad, el aumento de capital social suscrito íntegramente por los solicitantes, acompañando copia de la certificación bancaria del ingreso del importe ampliado en la cuenta de la mercantil en la entidad Cajasol.

Dicha solicitud es subsanada mediante escrito de fecha 30 de julio de 2020 en relación al ejercicio social respecto del que se solicita el nombramiento de auditor.

II

Dicha solicitud fue notificada a la sociedad por resolución de 5 de agosto para que formulare oposición al nombramiento si lo estimaba oportuno.

La sociedad se opuso a la pretensión de los socios mediante escrito de 20 de agosto de 2020 suscrito por don ….., administrador único de la sociedad, presentado el mismo día en el Registro Mercantil de Sevilla. En dicho escrito de oposición alega, en esencia, que los solicitantes carecen de la condición de socios y, por tanto, carecen de legitimación para instar el presente expediente, ya que la ampliación de capital de fecha 19 de agosto de 2008 es nula al no haberse realizado el depósito del capital social ampliado. Acompaña fotocopia del extracto bancario de otra cuenta bancaria de la sociedad para acreditar tal extremo.

Mediante resolución del Registro Mercantil de Sevilla de fecha 26 de agosto de 2020, se requiere a la mercantil para que subsane la falta de autenticidad del documento presentado.

Mediante escrito de fecha 28 de agosto de 2020, don ….., administrador único de la sociedad, atiende dicho requerimiento aportando certificación emitida por don ….., apoderado de Caixabank, acreditativo de los cambios de números de cuenta de la sociedad «Planta Energía Solar Olivares I, S.L.».

Mediante resolución del Registro Mercantil de Sevilla de fecha 3 de septiembre de 2020, se requiere a la mercantil para que aporte escrito de oposición debidamente firmado por el representante orgánico de la misma. Dicho requerimiento es debidamente atendido en fecha 14 de septiembre de 2020.

III

El registrador mercantil de Sevilla, don Juan José Petrel Serrano dictó resolución en fecha 25 de septiembre de 2020 por la que acordó admitir la oposición y denegar el nombramiento del auditor solicitado por los socios minoritarios, al no constar inscrita la escritura de elevación de acuerdos sociales por la que se aumenta el capital social, debiendo

«considerarse como inexistente el aumento de capital a efectos de la decisión del registrador».

IV

Don ….. y don ….. por escrito de fecha 20 de octubre de 2020, que tuvo entrada el día 26 en el Registro Mercantil de Sevilla, interpusieron 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 «por tener la hoja registral cerrada por falta de presentación de las cuentas anuales», entendiendo que «no cabe denegar el nombramiento de auditor por falta de inscripción de la ampliación de capital cuando es la propia sociedad la que impide la inscripción de ese y otros actos al no cumplir con sus obligaciones legales».

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 cuestión previa, es preciso señalar que el objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que, en este caso, 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 un socio que reúna al menos el 5% del capital en la sociedad en cuestión. Así, el artículo citado dispone que «en las sociedades que no estén obligadas a someter las cuentas anuales a verificación por un auditor, los socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social podrán solicitar del registrador mercantil del domicilio social que, con cargo a la sociedad, nombre un auditor de cuentas para que efectúe la revisión de las cuentas anuales de un determinado ejercicio siempre que no hubieran transcurrido tres meses a contar desde la fecha de cierre de dicho ejercicio». Por tanto, la competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones o conflictos entre los socios e interesados, que se desprenden de los escritos de alegaciones, recurso y documentos que se acompañan, que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la constitución española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

2. 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 cóm-

puto 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 Universal de 19 de agosto de 2008 por la que se acuerda el aumento de capital de la sociedad, la certificación emitida por el administrador solidario el mismo día, así como la escritura pública que documenta y eleva a público los acuerdos contenidos en el acta a que se refiere, junto con el certificado bancario de ingreso del capital aumentado en la cuenta de la mercantil en la entidad bancaria Cajasol.

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 –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 (art. 21 del Código de Comercio). Sólo en este momento regirá la presunción legal de que el acuerdo es exacto y válido (art. 20 del Código de Comercio), quedando excluida la posibilidad de que se desplieguen los fuertes efectos derivados de la inscripción respecto de acuerdos que no han pasado el filtro de la calificación registral (art. 18 del Código de Comercio).

3. Cuestión distinta es si la inscripción tiene o no carácter constitutivo. Ciertamente, y como pusiera de relieve la resolución de 4 de febrero de 2013, no pueden confundirse los diferentes planos en los que actúa la eficacia del acuerdo no inscrito. De conformidad con lo establecido en el artículo 159 de la Ley de Sociedades de Capital el acuerdo social se produce por la concurrencia del régimen de votación previsto en la Ley, momento en el que: «2. Todos los socios, incluso los disidentes y los que no hayan participado en la reunión, quedan sometidos a los acuerdos de la junta general», añadiendo el artículo 202 que: «3. Los acuerdos sociales podrán ejecutarse a partir de la fecha de la aprobación del acta en la que consten». 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». Efectivamente, en el caso que motiva la presente, resulta

del expediente la existencia de escritura pública que documenta y eleva a público los acuerdos contenidos en el acta, siendo cierto 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 (art. 91 de la Ley de Sociedades de Capital), y legitima para ejercitar los derechos inherentes a la misma (art. 93 del mismo texto legal), siempre de acuerdo a los requisitos que para su ejercicio exige el ordenamiento y sin perjuicio de las restricciones derivadas del hecho de la no inscripción (art. 34 de la propia Ley), o de la responsabilidad que de dicha circunstancia derive hacia los administradores (art. 54, 55 y 316 de la Ley). Los socios por tanto, desde ese momento, están legitimados frente a la sociedad para que esta les reconozca la condición de socio (art. 104 de la Ley), y el ejercicio de los derechos inherentes a esta condición: derecho al dividendo (art. 275), a la cuota de liquidación (art. 392), al de asunción o suscripción preferente (art. 304), al de asistir (art. 179), y votar (art. 188), en las juntas generales, así como el de obtener información (196 y 197 de la Ley), e impugnar los acuerdos sociales (art. 206), entre otros. Ahora bien, la conclusión anterior no puede confundirse con el carácter constitutivo de la inscripción (sobre lo que no procede un pronunciamiento expreso al ser irrelevante a los efectos de esta resolución), ni con la oponibilidad del acuerdo frente a terceros. Esta última circunstancia, que es la que propiamente constituye el objeto de la presente, está supeditada en nuestro ordenamiento a su debida publicación en los casos legalmente previstos (art. 21 del Código de Comercio).

En definitiva, y como ya ha quedado señalado en los párrafos anteriores, es necesario distinguir entre aquellos efectos que los acuerdos sociales producen respecto de terceros extraños y ajenos a la sociedad misma, quienes no pueden verse perjudicados por aquellos actos que sin haber accedido al Registro Mercantil se mantienen ocultos entre los socios, y los socios mismos quienes quedan vinculados por los acuerdos válidamente adoptados. Lo que no podría pretender la sociedad es hacer valer frente a terceros un acuerdo social que permanece en la clandestinidad, máxime cuando el órgano de administración está obligado a presentarlo a inscripción en el plazo de un mes desde su adopción, a fin de que desenvuelva todos los efectos previstos en el ordenamiento y no sólo los meramente internos (*vid.* art. 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).

4. 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, los socios sería ya titulares de participaciones en número suficiente para solicitar, tal como ha hecho, el nombramiento de auditor que verifique las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

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 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* art. 363 del Registro Mercantil y resolución de 4 de febrero de 2013).

5. Respecto de la cuestión de la legitimación del socio minoritario ha tenido ocasión de pronunciarse reiteradamente esta Dirección General, manteniendo que es suficiente la aportación de un principio de prueba para entenderla acreditada, pues se estima que el artículo 351.2 Reglamento del Registro Mercantil 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». Es por tanto a la sociedad a la que corresponde desvirtuar dicho principio de prueba, aportando, a su vez, prueba suficiente como para deducir que el solicitante no ostentaba, en el momento de la solicitud, la legitimación que alegó. Con ello se pretende no introducir un desequilibrio en el principio de igualdad jurídica de las partes intervinientes en el procedimiento.

En el presente expediente el peticionario aportó un principio de prueba por escrito de su titularidad sobre un porcentaje superior al 5% de las participaciones sociales, consistente en la copia escritura de elevación a público de

acuerdo de aumento de capital adoptado por unanimidad, junto con el certificado bancario de ingreso del capital ampliado. Por todo ello, debe concluirse que la sociedad no ha desvirtuado el principio de prueba de la legitimidad del solicitante, debiendo ser desestimado el presente recurso. Lo anterior, unido al cumplimiento por parte del solicitante 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 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 2019.

Atendiendo a las circunstancias de hecho y a los Fundamentos de Derecho expuestos, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Sevilla don Juan José Petrel Serrano de fecha 25 de septiembre de 2020 por la que acordaba a denegar el nombramiento de auditor para el ejercicio 2019.

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

De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 19 de noviembre de 2020 (4.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 19 de noviembre de 2020 (5.ª)

En el expediente 97/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de dos socios de «Planta Energía Solar Olivares II, S.L.»

HECHOS

I

Don ….. y don ….. presentan un escrito de fecha 15 de julio de 2020, dirigido al Registro Mercantil de Sevilla, en el que tuvo su entrada el día 24 del mismo mes, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titulares de más del 5% del capital social de «Planta Energía Solar Olivares II, S.L.» (concretamente titular del 24,78%), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

Acompañan copia de la escritura Elevación a Público de Acuerdos Sociales otorgada el 19 de agosto de 2008 ante don Juan Pedro Montes Agustí, Notario de Sevilla, por la que protocolizan los acuerdos adoptados en la Junta Universal de igual fecha. En la misma se acuerda, por unanimidad, el aumento de capital social suscrito íntegramente por los solicitantes, acompañando copia de la certificación bancaria del ingreso del importe ampliado en la cuenta de la mercantil en la entidad Cajasol.

Dicha solicitud es subsanada mediante escrito de fecha 30 de julio de 2020 en relación al ejercicio social respecto del que se solicita el nombramiento de auditor.

II

Dicha solicitud fue notificada a la sociedad por resolución de 5 de agosto para que formulare oposición al nombramiento si lo estimaba oportuno.

La sociedad se opuso a la pretensión de los socios mediante escrito de 20 de agosto de 2020 suscrito por don ….., administrador único de la sociedad, presentado el mismo día en el Registro Mercantil de Sevilla. En dicho escrito de oposición alega, en esencia, que los solicitantes carecen de la condición de socios y, por tanto, carecen de legitimación para instar el presente expediente, ya que la ampliación de capital de fecha 19 de agosto de 2008 es nula al no haberse realizado el depósito del capital social ampliado. Acompaña fotocopia del extracto bancario de otra cuenta bancaria de la sociedad para acreditar tal extremo.

Mediante resolución del Registro Mercantil de Sevilla de fecha 26 de agosto de 2020, se requiere a la mercantil para que subsane la falta de autenticidad del documento presentado.

Mediante escrito de fecha 28 de agosto de 2020, don ….., administrador único de la sociedad, atiende dicho requerimiento aportando certificación emitida por don ….., apoderado de Caixabank, acreditativo de los cambios de números de cuenta de la sociedad «Planta Energía Solar Olivares II, S.L.».

Mediante resolución del Registro Mercantil de Sevilla de fecha 3 de septiembre de 2020, se requiere a la mercantil para que aporte escrito de oposición debidamente firmado por el representante orgánico de la misma. Dicho requerimiento es debidamente atendido en fecha 14 de septiembre de 2020.

III

El registrador mercantil de Sevilla, don Juan José Petrel Serrano dictó resolución en fecha 25 de septiembre de 2020 por la que acordó admitir la oposición y denegar el nombramiento del auditor solicitado por los socios minoritarios, al no constar inscrita la escritura de elevación de acuerdos sociales por la que se aumenta el capital social, debiendo «considerarse como inexistente el aumento de capital a efectos de la decisión del registrador».

IV

Don ….. y don ….. por escrito de fecha 20 de octubre de 2020, que tuvo entrada el día 26 en el Registro Mercantil de Sevilla, interpusieron 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 «por tener la hoja registral cerrada por falta de presentación de las cuentas anuales», entendiendo que «no cabe denegar el nombramiento de auditor por falta de inscripción de la ampliación de capital cuando es la propia sociedad la que impide la inscripción de ese y otros actos al no cumplir con sus obligaciones legales».

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 cuestión previa, es preciso señalar que el objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que, en este caso, 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 un socio que reúna al menos el 5% del capital en la sociedad en cuestión. Así, el artículo citado dispone que «en las sociedades que no estén obligadas a someter las cuentas anuales a verificación por un auditor, los socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social podrán solicitar del registrador mercantil del domicilio social que, con cargo a la sociedad, nombre un auditor de cuentas para que efectúe la revisión de las cuentas anuales de un determinado ejercicio siempre que no hubieran transcurrido tres meses a contar desde la fecha de cierre de dicho ejercicio». Por tanto, la competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones o conflictos entre los socios e interesados, que se desprenden de los escritos de alegaciones, recurso y documentos que se acompañan, que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la constitución española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

2. 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 Universal de 19 de agosto de 2008 por la que se acuerda el aumento de capital de

la sociedad, la certificación emitida por el administrador solidario el mismo día, así como la escritura pública que documenta y eleva a público los acuerdos contenidos en el acta a que se refiere, junto con el certificado bancario de ingreso del capital aumentado en la cuenta de la mercantil en la entidad bancaria Cajasol.

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 –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 (art. 21 del Código de Comercio). Sólo en este momento regirá la presunción legal de que el acuerdo es exacto y válido (art. 20 del Código de Comercio), quedando excluida la posibilidad de que se desplieguen los fuertes efectos derivados de la inscripción respecto de acuerdos que no han pasado el filtro de la calificación registral (art. 18 del Código de Comercio).

3. Cuestión distinta es si la inscripción tiene o no carácter constitutivo. Ciertamente, y como pusiera de relieve la resolución de 4 de febrero de 2013, no pueden confundirse los diferentes planos en los que actúa la eficacia del acuerdo no inscrito. De conformidad con lo establecido en el artículo 159 de la Ley de Sociedades de Capital el acuerdo social se produce por la concurrencia del régimen de votación previsto en la Ley, momento en el que: «2. Todos los socios, incluso los disidentes y los que no hayan participado en la reunión, quedan sometidos a los acuerdos de la junta general», añadiendo el artículo 202 que: «3. Los acuerdos sociales podrán ejecutarse a partir de la fecha de la aprobación del acta en la que consten». 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». Efectivamente, en el caso que motiva la presente, resulta del expediente la existencia de escritura pública que documenta y eleva a público los acuerdos contenidos en el acta, siendo cierto 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 (art. 91 de la Ley de Sociedades de Capital), y legitima para ejercitar los derechos inherentes a la misma (art. 93 del mismo texto legal), siempre de acuerdo a los requisitos que para su ejercicio exige el ordenamiento y sin perjuicio de las restricciones derivadas del hecho de la no inscripción (art. 34 de la propia Ley), o de la responsabilidad que de dicha circunstancia derive hacia los administradores (art. 54, 55 y 316 de la Ley). Los socios por tanto, desde ese momento, están legitimados frente a la sociedad para que esta les reconozca la condición de socio (art. 104 de la Ley), y el ejercicio de los derechos inherentes a esta condición: derecho al dividendo (art. 275), a la cuota de liquidación (art. 392), al de asunción o suscripción preferente (art. 304), al de asistir (art. 179), y votar (art. 188), en las juntas generales, así como el de obtener información (196 y 197 de la Ley), e impugnar los acuerdos sociales (art. 206), entre otros. Ahora bien, la conclusión anterior no puede confundirse con el carácter constitutivo de la inscripción (sobre lo que no procede un pronunciamiento expreso al ser irrelevante a los efectos de esta resolución), ni con la oponibilidad del acuerdo frente a terceros. Esta última circunstancia, que es la que propiamente constituye el objeto de la presente, está supeditada en nuestro ordenamiento a su debida publicación en los casos legalmente previstos (art. 21 del Código de Comercio).

En definitiva, y como ya ha quedado señalado en los párrafos anteriores, es necesario distinguir entre aquellos efectos que los acuerdos sociales producen respecto de terceros extraños y ajenos a la sociedad misma, quienes no pueden verse perjudicados por aquellos actos que sin haber accedido al Registro Mercantil se mantienen ocultos entre los socios, y los socios mismos quienes quedan vinculados por los acuerdos válidamente adoptados. Lo que no podría pretender la sociedad es hacer valer frente a terceros un acuerdo social que permanece en la clandestinidad, máxime cuando el órgano de administración está obligado a presentarlo a inscripción en el plazo de un mes desde su adopción, a fin de que desenvuelva todos los efectos previstos en el ordenamiento y no sólo los meramente internos (*vid.* artículo 19 del Código de Comercio en relación con los arts. 81.2, 83 y 94.1. 2.ª del Reglamento del Registro Mercantil).

Esta es la doctrina acorde con los pronunciamientos de los tribunales, como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 de febrero de 2012, en la que se concluye que la eficacia del acuerdo de ampliación de capital frente a la sociedad «debe reconocerse desde el momento en que dicho acuerdo esté ejecutado mediante suscripción, desembolso y adjudicación, en este caso, de las nuevas participaciones sociales, sin perjuicio de que frente a terceros de buena fe no resulte eficaz en tanto no se practique la oportuna ins-

cripción, como consecuencia de los principios de legitimación y fe pública». Añade que «como destaca un importante sector doctrinal, la ampliación de capital puede estar ejecutada por completo aun cuando no esté documentada, inscrita y publicada». En este mismo sentido, el Tribunal Supremo ha determinado la naturaleza declarativa de la inscripción de aumento de capital en alguno de sus pronunciamientos (sentencia de 30 de marzo de 1999, entre otros).

4. 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, los socios sería ya titulares de participaciones en número suficiente para solicitar, tal como ha hecho, el nombramiento de auditor que verifique las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

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 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* art. 363 del Registro Mercantil y resolución de 4 de febrero de 2013).

5. Respecto de la cuestión de la legitimación del socio minoritario ha tenido ocasión de pronunciarse reiteradamente esta Dirección General, manteniendo que es suficiente la aportación de un principio de prueba para entenderla acreditada, pues se estima que el artículo 351.2 Reglamento del Registro Mercantil 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». Es por tanto a la sociedad a la que corresponde desvirtuar dicho principio de prueba, aportando, a su vez, prueba suficiente como para deducir que el solicitante no ostentaba, en el momento de la solicitud, la legitimación que alegó. Con ello se pretende no introducir un desequilibrio en el principio de igualdad jurídica de las partes intervinientes en el procedimiento.

En el presente expediente el peticionario aportó un principio de prueba por escrito de su titularidad sobre un porcentaje superior al 5% de las participaciones sociales, consistente en la copia escritura de elevación a público de acuerdo de aumento de capital adoptado por unanimidad, junto con el certificado bancario de ingreso del capital ampliado. Por todo ello, debe concluirse que la sociedad no ha desvirtuado el principio de prueba de la legitimidad del solicitante, debiendo ser desestimado el presente recurso. Lo anterior, unido

al cumplimiento por parte del solicitante 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 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 2019.

Atendiendo a las circunstancias de hecho y a los Fundamentos de Derecho expuestos, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Sevilla don Juan José Petrel Serrano de fecha 25 de septiembre de 2020 por la que acordaba a denegar el nombramiento de auditor para el ejercicio 2019.

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

De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 19 de noviembre de 2020 (5.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 19 de noviembre de 2020 (6.ª)

En el expediente 98/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de dos socios de «Planta Energía Solar Olivares III, S.L.»

HECHOS

I

Don …..y don Luis ….. presentan un escrito de fecha 15 de julio de 2020, dirigido al Registro Mercantil de Sevilla, en el que tuvo su entrada el día 24 del mismo mes, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes

del Reglamento del Registro Mercantil y como titulares de más del 5% del capital social de «Planta Energía Solar Olivares Iii, S.L.» (concretamente titular del 24,78%), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

Acompañan copia de la escritura Elevación a Público de Acuerdos Sociales otorgada el 19 de agosto de 2008 ante don Juan Pedro Montes Agustí, Notario de Sevilla, por la que protocolizan los acuerdos adoptados en la Junta Universal de igual fecha. En la misma se acuerda, por unanimidad, el aumento de capital social suscrito íntegramente por los solicitantes, acompañando copia de la certificación bancaria del ingreso del importe ampliado en la cuenta de la mercantil en la entidad Cajasol.

Dicha solicitud es subsanada mediante escrito de fecha 30 de julio de 2020 en relación al ejercicio social respecto del que se solicita el nombramiento de auditor.

II

Dicha solicitud fue notificada a la sociedad por resolución de 5 de agosto para que formulare oposición al nombramiento si lo estimaba oportuno.

La sociedad se opuso a la pretensión de los socios mediante escrito de 20 de agosto de 2020 suscrito por don ….., administrador único de la sociedad, presentado el mismo día en el Registro Mercantil de Sevilla. En dicho escrito de oposición alega, en esencia, que los solicitantes carecen de la condición de socios y, por tanto, carecen de legitimación para instar el presente expediente, ya que la ampliación de capital de fech 19 de agosto de 2008 es nula al no haberse realizado el depósito del capital social ampliado. Acompaña fotocopia del extracto bancario de otra cuenta bancaria de la sociedad para acreditar tal extremo.

Mediante resolución del Registro Mercantil de Sevilla de fecha 26 de agosto de 2020, se requiere a la mercantil para que subsane la falta de autenticidad del documento presentado.

Mediante escrito de fecha 28 de agosto de 2020, don ….., administrador único de la sociedad, atiende dicho requerimiento aportando certificación emitida por don ….., apoderado de Caixabank, acreditativo de los cambios de números de cuenta de la sociedad «Planta Energía Solar Olivares III, S.L.».

Mediante resolución del Registro Mercantil de Sevilla de fecha 3 de septiembre de 2020, se requiere a la mercantil para que aporte escrito de oposición debidamente firmado por el representante orgánico de la misma. Dicho requerimiento es debidamente atendido en fecha 14 de septiembre de 2020.

III

El registrador mercantil de Sevilla, don Juan José Petrel Serrano dictó resolución en fecha 25 de septiembre de 2020 por la que acordó admitir la oposición y denegar el nombramiento del auditor solicitado por los socios minoritarios, al no constar inscrita la escritura de elevación de acuerdos sociales por la que se aumenta el capital social, debiendo «considerarse como inexistente el aumento de capital a efectos de la decisión del registrador».

IV

Don …..y don ….. por escrito de fecha 20 de octubre de 2020, que tuvo entrada el día 26 en el Registro Mercantil de Sevilla, interpusieron 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 «por tener la hoja registral cerrada por falta de presentación de las cuentas anuales», entendiendo que «no cabe denegar el nombramiento de auditor por falta de inscripción de la ampliación de capital cuando es la propia sociedad la que impide la inscripción de ese y otros actos al no cumplir con sus obligaciones legales».

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 cuestión previa, es preciso señalar que el objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que, en este caso, 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 un socio que reúna al menos el 5% del capital en la sociedad en cuestión. Así, el artículo citado dispone que «en las sociedades que no estén obligadas a someter las cuentas anuales a verificación por un auditor, los socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social podrán solicitar del registrador mercantil del domicilio social que, con cargo a la sociedad, nombre un auditor de cuentas para que efectúe la revisión de las cuentas anuales de un determinado ejercicio siempre que no hubieran transcurrido tres meses a contar desde la fecha de cierre de dicho ejercicio». Por tanto, la competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones o conflictos entre los socios e interesados, que se desprenden de los escritos de alegaciones, recurso y documentos que se acompañan, que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la constitución española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

2. 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 Universal de 19 de agosto de 2008 por la que se acuerda el aumento de capital de la sociedad, la certificación emitida por el administrador solidario el mismo día, así como la escritura pública que documenta y eleva a público los acuerdos contenidos en el acta a que se refiere, junto con el certificado bancario de

ingreso del capital aumentado en la cuenta de la mercantil en la entidad bancaria Cajasol.

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 –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 (art. 21 del Código de Comercio). Sólo en este momento regirá la presunción legal de que el acuerdo es exacto y válido (art. 20 del Código de Comercio), quedando excluida la posibilidad de que se desplieguen los fuertes efectos derivados de la inscripción respecto de acuerdos que no han pasado el filtro de la calificación registral (art. 18 del Código de Comercio).

3. Cuestión distinta es si la inscripción tiene o no carácter constitutivo. Ciertamente, y como pusiera de relieve la resolución de 4 de febrero de 2013, no pueden confundirse los diferentes planos en los que actúa la eficacia del acuerdo no inscrito. De conformidad con lo establecido en el artículo 159 de la Ley de Sociedades de Capital el acuerdo social se produce por la concurrencia del régimen de votación previsto en la Ley, momento en el que: «2. Todos los socios, incluso los disidentes y los que no hayan participado en la reunión, quedan sometidos a los acuerdos de la junta general», añadiendo el artículo 202 que: «3. Los acuerdos sociales podrán ejecutarse a partir de la fecha de la aprobación del acta en la que consten». 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». Efectivamente, en el caso que motiva la presente, resulta del expediente la existencia de escritura pública que documenta y eleva a público los acuerdos contenidos en el acta, siendo cierto 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 (art. 91 de la Ley de Sociedades de Capital), y legitima para ejercitar los derechos inherentes a la misma (art. 93 del mismo texto legal), siempre de acuerdo a los requisitos que para su ejercicio exige el ordenamiento y sin perjuicio de las restricciones derivadas del hecho de la no inscripción (art. 34 de la propia Ley), o de la responsabilidad que de dicha circunstancia derive hacia los administradores (art. 54, 55 y 316 de la Ley). Los socios por tanto, desde ese momento, están legitimados frente a la sociedad para que esta les reconozca la condición de socio (art. 104 de la Ley), y el ejercicio de los derechos inherentes a esta condición: derecho al dividendo (art. 275), a la cuota de liquidación (art. 392), al de asunción o suscripción preferente (art. 304), al de asistir (art. 179), y votar (art. 188), en las juntas generales, así como el de obtener información (196 y 197 de la Ley), e impugnar los acuerdos sociales (art. 206), entre otros. Ahora bien, la conclusión anterior no puede confundirse con el carácter constitutivo de la inscripción (sobre lo que no procede un pronunciamiento expreso al ser irrelevante a los efectos de esta resolución), ni con la oponibilidad del acuerdo frente a terceros. Esta última circunstancia, que es la que propiamente constituye el objeto de la presente, está supeditada en nuestro ordenamiento a su debida publicación en los casos legalmente previstos (art. 21 del Código de Comercio).

En definitiva, y como ya ha quedado señalado en los párrafos anteriores, es necesario distinguir entre aquellos efectos que los acuerdos sociales producen respecto de terceros extraños y ajenos a la sociedad misma, quienes no pueden verse perjudicados por aquellos actos que sin haber accedido al Registro Mercantil se mantienen ocultos entre los socios, y los socios mismos quienes quedan vinculados por los acuerdos válidamente adoptados. Lo que no podría pretender la sociedad es hacer valer frente a terceros un acuerdo social que permanece en la clandestinidad, máxime cuando el órgano de administración está obligado a presentarlo a inscripción en el plazo de un mes desde su adopción, a fin de que desenvuelva todos los efectos previstos en el ordenamiento y no sólo los meramente internos (*vid.* artículo 19 del Código de Comercio en relación 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).

4. 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, los socios sería ya titulares de participaciones en número suficiente para solicitar, tal como ha hecho, el nombramiento de auditor que verifique las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

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 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* art. 363 del Registro Mercantil y resolución de 4 de febrero de 2013).

5. Respecto de la cuestión de la legitimación del socio minoritario ha tenido ocasión de pronunciarse reiteradamente esta Dirección General, manteniendo que es suficiente la aportación de un principio de prueba para entenderla acreditada, pues se estima que el artículo 351.2 Reglamento del Registro Mercantil 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». Es por tanto a la sociedad a la que corresponde desvirtuar dicho principio de prueba, aportando, a su vez, prueba suficiente como para deducir que el solicitante no ostentaba, en el momento de la solicitud, la legitimación que alegó. Con ello se pretende no introducir un desequilibrio en el principio de igualdad jurídica de las partes intervinientes en el procedimiento.

En el presente expediente el peticionario aportó un principio de prueba por escrito de su titularidad sobre un porcentaje superior al 5% de las participaciones sociales, consistente en la copia escritura de elevación a público de acuerdo de aumento de capital adoptado por unanimidad, junto con el certificado bancario de ingreso del capital ampliado. Por todo ello, debe concluirse que la sociedad no ha desvirtuado el principio de prueba de la legitimidad del solicitante, debiendo ser desestimado el presente recurso. Lo anterior, unido al cumplimiento por parte del solicitante 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 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 2019.

Atendiendo a las circunstancias de hecho y a los Fundamentos de Derecho expuestos, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Sevilla don Juan José Petrel Serrano de fecha 25 de septiembre de 2020 por la que acordaba a denegar el nombramiento de auditor para el ejercicio 2019.

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

De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 19 de noviembre de 2020 (6.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 19 de noviembre de 2020 (7.ª)

En el expediente 99/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de dos socios de «Planta Energía Solar Olivares V, S.L.»

HECHOS

I

Don ….. y don ….. presentan un escrito de fecha 15 de julio de 2020, dirigido al Registro Mercantil de Sevilla, en el que tuvo su entrada el día 24 del mismo mes, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titulares de más del 5% del capital social de «Planta Energía Solar Olivares V, S.L.» (concretamente titular del 24,78%), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

Acompañan copia de la escritura Elevación a Público de Acuerdos Sociales otorgada el 19 de agosto de 2008 ante don Juan Pedro Montes Agustí, Notario de Sevilla, por la que protocolizan los acuerdos adoptados en la Junta Universal de igual fecha. En la misma se acuerda, por unanimidad, el aumento de capital social suscrito íntegramente por los solicitantes, acompañando copia de la certificación bancaria del ingreso del importe ampliado en la cuenta de la mercantil en la entidad Cajasol.

Dicha solicitud es subsanada mediante escrito de fecha 30 de julio de 2020 en relación al ejercicio social respecto del que se solicita el nombramiento de auditor.

II

Dicha solicitud fue notificada a la sociedad por resolución de 5 de agosto para que formulare oposición al nombramiento si lo estimaba oportuno.

La sociedad se opuso a la pretensión de los socios mediante escrito de 20 de agosto de 2020 suscrito por don ….., administrador único de la sociedad, presentado el mismo día en el Registro Mercantil de Sevilla. En dicho escrito de oposición alega, en esencia, que los solicitantes carecen de la condición de socios y, por tanto, carecen de legitimación para instar el presente expediente, ya que la ampliación de capital de fech 19 de agosto de 2008 es nula al no haberse realizado el depósito del capital social ampliado. Acompaña fotocopia del extracto bancario de otra cuenta bancaria de la sociedad para acreditar tal extremo.

Mediante resolución del Registro Mercantil de Sevilla de fecha 26 de agosto de 2020, se requiere a la mercantil para que subsane la falta de autenticidad del documento presentado.

Mediante escrito de fecha 28 de agosto de 2020, don ….., administrador único de la sociedad, atiende dicho requerimiento aportando certificación emitida por don ….., apoderado de Caixabank, acreditativo de los cambios de números de cuenta de la sociedad «Planta Energía Solar Olivares V, S.L.».

Mediante resolución del Registro Mercantil de Sevilla de fecha 3 de septiembre de 2020, se requiere a la mercantil para que aporte escrito de oposición debidamente firmado por el representante orgánico de la misma. Dicho requerimiento es debidamente atendido en fecha 14 de septiembre de 2020.

III

El registrador mercantil de Sevilla, don Juan José Petrel Serrano dictó resolución en fecha 25 de septiembre de 2020 por la que acordó admitir la oposición y denegar el nombramiento del auditor solicitado por los socios minoritarios, al no constar inscrita la escritura de elevación de acuerdos sociales por la que se aumenta el capital social, debiendo «considerarse como inexistente el aumento de capital a efectos de la decisión del registrador».

IV

Don ….. y don ….. por escrito de fecha 20 de octubre de 2020, que tuvo entrada el día 26 en el Registro Mercantil de Sevilla, interpusieron 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 «por tener la hoja registral cerrada por falta de presentación de las cuentas anuales», entendiendo que «no cabe dene-

gar el nombramiento de auditor por falta de inscripción de la ampliación de capital cuando es la propia sociedad la que impide la inscripción de ese y otros actos al no cumplir con sus obligaciones legales».

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 cuestión previa, es preciso señalar que el objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que, en este caso, 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 un socio que reúna al menos el 5% del capital en la sociedad en cuestión. Así, el artículo citado dispone que «en las sociedades que no estén obligadas a someter las cuentas anuales a verificación por un auditor, los socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social podrán solicitar del registrador mercantil del domicilio social que, con cargo a la sociedad, nombre un auditor de cuentas para que efectúe la revisión de las cuentas anuales de un determinado ejercicio siempre que no hubieran transcurrido tres meses a contar desde la fecha de cierre de dicho ejercicio». Por tanto, la competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones o conflictos entre los socios e interesados, que se desprenden de los escritos de alegaciones, recurso y documentos que se acompañan, que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la constitución española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

2. 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 Universal de 19 de agosto de 2008 por la que se acuerda el aumento de capital de la sociedad, la certificación emitida por el administrador solidario el mismo día, así como la escritura pública que documenta y eleva a público los acuerdos contenidos en el acta a que se refiere, junto con el certificado bancario de ingreso del capital aumentado en la cuenta de la mercantil en la entidad bancaria Cajasol.

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 -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 (art. 21 del Código de Comercio). Sólo en este momento regirá la presunción legal de que el acuerdo es exacto y válido (art. 20 del Código de Comercio), quedando excluida la posibilidad de que se desplieguen los fuertes efectos derivados de la inscripción respecto de acuerdos que no han pasado el filtro de la calificación registral (art. 18 del Código de Comercio).

3. Cuestión distinta es si la inscripción tiene o no carácter constitutivo. Ciertamente, y como pusiera de relieve la resolución de 4 de febrero de 2013, no pueden confundirse los diferentes planos en los que actúa la eficacia del acuerdo no inscrito. De conformidad con lo establecido en el artículo 159 de la Ley de Sociedades de Capital el acuerdo social se produce por la concurrencia del régimen de votación previsto en la Ley, momento en el que: «2. Todos los socios, incluso los disidentes y los que no hayan participado en la reunión, quedan sometidos a los acuerdos de la junta general», añadiendo el artículo 202 que: «3. Los acuerdos sociales podrán ejecutarse a partir de la fecha de la aprobación del acta en la que consten». 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». Efectivamente, en el caso que motiva la presente, resulta del expediente la existencia de escritura pública que documenta y eleva a público los acuerdos contenidos en el acta, siendo cierto 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 (art. 91 de la Ley de

Sociedades de Capital), y legitima para ejercitar los derechos inherentes a la misma (art. 93 del mismo texto legal), siempre de acuerdo a los requisitos que para su ejercicio exige el ordenamiento y sin perjuicio de las restricciones derivadas del hecho de la no inscripción (art. 34 de la propia Ley), o de la responsabilidad que de dicha circunstancia derive hacia los administradores (art. 54, 55 y 316 de la Ley). Los socios por tanto, desde ese momento, están legitimados frente a la sociedad para que esta les reconozca la condición de socio (art. 104 de la Ley), y el ejercicio de los derechos inherentes a esta condición: derecho al dividendo (art. 275), a la cuota de liquidación (art. 392), al de asunción o suscripción preferente (art. 304), al de asistir (art. 179), y votar (art. 188), en las juntas generales, así como el de obtener información (196 y 197 de la Ley), e impugnar los acuerdos sociales (art. 206), entre otros. Ahora bien, la conclusión anterior no puede confundirse con el carácter constitutivo de la inscripción (sobre lo que no procede un pronunciamiento expreso al ser irrelevante a los efectos de esta resolución), ni con la oponibilidad del acuerdo frente a terceros. Esta última circunstancia, que es la que propiamente constituye el objeto de la presente, está supeditada en nuestro ordenamiento a su debida publicación en los casos legalmente previstos (art. 21 del Código de Comercio).

En definitiva, y como ya ha quedado señalado en los párrafos anteriores, es necesario distinguir entre aquellos efectos que los acuerdos sociales producen respecto de terceros extraños y ajenos a la sociedad misma, quienes no pueden verse perjudicados por aquellos actos que sin haber accedido al Registro Mercantil se mantienen ocultos entre los socios, y los socios mismos quienes quedan vinculados por los acuerdos válidamente adoptados. Lo que no podría pretender la sociedad es hacer valer frente a terceros un acuerdo social que permanece en la clandestinidad, máxime cuando el órgano de administración está obligado a presentarlo a inscripción en el plazo de un mes desde su adopción, a fin de que desenvuelva todos los efectos previstos en el ordenamiento y no sólo los meramente internos (*vid.* artículo 19 del Código de Comercio en relación 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).

4. 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, los socios sería ya titulares de participaciones en número suficiente para solicitar, tal como ha hecho, el nombramiento de auditor que verifique las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

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 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* art. 363 del Registro Mercantil y resolución de 4 de febrero de 2013).

5. Respecto de la cuestión de la legitimación del socio minoritario ha tenido ocasión de pronunciarse reiteradamente esta Dirección General, manteniendo que es suficiente la aportación de un principio de prueba para entenderla acreditada, pues se estima que el artículo 351.2 Reglamento del Registro Mercantil 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». Es por tanto a la sociedad a la que corresponde desvirtuar dicho principio de prueba, aportando, a su vez, prueba suficiente como para deducir que el solicitante no ostentaba, en el momento de la solicitud, la legitimación que alegó. Con ello se pretende no introducir un desequilibrio en el principio de igualdad jurídica de las partes intervinientes en el procedimiento.

En el presente expediente el peticionario aportó un principio de prueba por escrito de su titularidad sobre un porcentaje superior al 5% de las participaciones sociales, consistente en la copia escritura de elevación a público de acuerdo de aumento de capital adoptado por unanimidad, junto con el certificado bancario de ingreso del capital ampliado. Por todo ello, debe concluirse que la sociedad no ha desvirtuado el principio de prueba de la legitimidad del solicitante, debiendo ser desestimado el presente recurso. Lo anterior, unido al cumplimiento por parte del solicitante 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 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 2019.

Atendiendo a las circunstancias de hecho y a los Fundamentos de Derecho expuestos, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Sevilla don Juan José Petrel Serrano de fecha 25 de septiembre de 2020 por la que acordaba a denegar el nombramiento de auditor para el ejercicio 2019.

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

De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 19 de noviembre de 2020 (7.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 19 de noviembre de 2020 (8.ª)

En el expediente 100/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de dos socios de «Planta Energía Solar Olivares VI, S.L.»

HECHOS

I

Don …..y don …..presentan un escrito de fecha 15 de julio de 2020, dirigido al Registro Mercantil de Sevilla, en el que tuvo su entrada el día 24 del mismo mes, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titulares de más del 5% del capital social de «Planta Energía Solar Olivares VI, S.L.» (concretamente titular del 24,78%), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

Acompañan copia de la escritura Elevación a Público de Acuerdos Sociales otorgada el 19 de agosto de 2008 ante don Juan Pedro Montes Agustí, Notario de Sevilla, por la que

protocolizan los acuerdos adoptados en la Junta Universal de igual fecha. En la misma se acuerda, por unanimidad, el aumento de capital social suscrito íntegramente por los solicitantes, acompañando copia de la certificación bancaria del ingreso del importe ampliado en la cuenta de la mercantil en la entidad Cajasol.

Dicha solicitud es subsanada mediante escrito de fecha 30 de julio de 2020 en relación al ejercicio social respecto del que se solicita el nombramiento de auditor.

II

Dicha solicitud fue notificada a la sociedad por resolución de 5 de agosto para que formulare oposición al nombramiento si lo estimaba oportuno.

La sociedad se opuso a la pretensión de los socios mediante escrito de 20 de agosto de 2020 suscrito por don ….., administrador único de la sociedad, presentado el mismo día en el Registro Mercantil de Sevilla. En dicho escrito de oposición alega, en esencia, que los solicitantes carecen de la condición de socios y, por tanto, carecen de legitimación para instar el presente expediente, ya que la ampliación de capital de fecha 19 de agosto de 2008 es nula al no haberse realizado el depósito del capital social ampliado. Acompaña fotocopia del extracto bancario de otra cuenta bancaria de la sociedad para acreditar tal extremo.

Mediante resolución del Registro Mercantil de Sevilla de fecha 26 de agosto de 2020, se requiere a la mercantil para que subsane la falta de autenticidad del documento presentado.

Mediante escrito de fecha 28 de agosto de 2020, don ….., administrador único de la sociedad, atiende dicho requerimiento aportando certificación emitida por don ….., apoderado de Caixabank, acreditativo de los cambios de números de cuenta de la sociedad «Planta Energía Solar Olivares VI, S.L.».

Mediante resolución del Registro Mercantil de Sevilla de fecha 3 de septiembre de 2020, se requiere a la mercantil para que aporte escrito de oposición debidamente firmado por el representante orgánico de la misma. Dicho requerimiento es debidamente atendido en fecha 14 de septiembre de 2020.

III

El registrador mercantil de Sevilla, don Juan José Petrel Serrano dictó resolución en fecha 25 de septiembre de 2020 por la que acordó admitir la oposición y denegar el nombramiento del auditor solicitado por los socios minoritarios, al no constar inscrita la escritura de elevación de acuerdos sociales por la que se aumenta el capital social, debiendo «considerarse como inexistente el aumento de capital a efectos de la decisión del registrador».

IV

Don ….. y don ….. por escrito de fecha 20 de octubre de 2020, que tuvo entrada el día 26 en el Registro Mercantil de Sevilla, interpusieron 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 «por tener la hoja registral cerrada por falta de presentación de las cuentas anuales», entendiendo que «no cabe denegar el nombramiento de auditor por falta de inscripción de la ampliación de capital cuando

es la propia sociedad la que impide la inscripción de ese y otros actos al no cumplir con sus obligaciones legales».

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 cuestión previa, es preciso señalar que el objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que, en este caso, 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 un socio que reúna al menos el 5% del capital en la sociedad en cuestión. Así, el artículo citado dispone que «en las sociedades que no estén obligadas a someter las cuentas anuales a verificación por un auditor, los socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social podrán solicitar del registrador mercantil del domicilio social que, con cargo a la sociedad, nombre un auditor de cuentas para que efectúe la revisión de las cuentas anuales de un determinado ejercicio siempre que no hubieran transcurrido tres meses a contar desde la fecha de cierre de dicho ejercicio». Por tanto, la competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones o conflictos entre los socios e interesados, que se desprenden de los escritos de alegaciones, recurso y documentos que se acompañan, que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la constitución española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

2. 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 Universal de 19 de agosto de 2008 por la que se acuerda el aumento de capital de la sociedad, la certificación emitida por el administrador solidario el mismo día, así como la escritura pública que documenta y eleva a público los acuerdos contenidos en el acta a que se refiere, junto con el certificado bancario de ingreso del capital aumentado en la cuenta de la mercantil en la entidad bancaria Cajasol.

El artículo 285 de la Ley de Sociedades de Capital dispone que los acuerdos de modificación de capital habrán de acordarse con los requisitos especia-

les establecidos en los preceptos que le siguen. Se deriva del artículo 290 del mismo cuerpo legal, que dichos acuerdos se harán constar en escritura pública -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 (art. 21 del Código de Comercio). Sólo en este momento regirá la presunción legal de que el acuerdo es exacto y válido (art. 20 del Código de Comercio), quedando excluida la posibilidad de que se desplieguen los fuertes efectos derivados de la inscripción respecto de acuerdos que no han pasado el filtro de la calificación registral (art. 18 del Código de Comercio).

3. Cuestión distinta es si la inscripción tiene o no carácter constitutivo. Ciertamente, y como pusiera de relieve la resolución de 4 de febrero de 2013, no pueden confundirse los diferentes planos en los que actúa la eficacia del acuerdo no inscrito. De conformidad con lo establecido en el artículo 159 de la Ley de Sociedades de Capital el acuerdo social se produce por la concurrencia del régimen de votación previsto en la Ley, momento en el que: «2. Todos los socios, incluso los disidentes y los que no hayan participado en la reunión, quedan sometidos a los acuerdos de la junta general», añadiendo el artículo 202 que: «3. Los acuerdos sociales podrán ejecutarse a partir de la fecha de la aprobación del acta en la que consten». 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». Efectivamente, en el caso que motiva la presente, resulta del expediente la existencia de escritura pública que documenta y eleva a público los acuerdos contenidos en el acta, siendo cierto 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 (art. 91 de la Ley de Sociedades de Capital), y legitima para ejercitar los derechos inherentes a la misma (art. 93 del mismo texto legal), siempre de acuerdo a los requisitos que

para su ejercicio exige el ordenamiento y sin perjuicio de las restricciones derivadas del hecho de la no inscripción (art. 34 de la propia Ley), o de la responsabilidad que de dicha circunstancia derive hacia los administradores (art. 54, 55 y 316 de la Ley). Los socios por tanto, desde ese momento, están legitimados frente a la sociedad para que esta les reconozca la condición de socio (art. 104 de la Ley), y el ejercicio de los derechos inherentes a esta condición: derecho al dividendo (art. 275), a la cuota de liquidación (art. 392), al de asunción o suscripción preferente (art. 304), al de asistir (art. 179), y votar (art. 188), en las juntas generales, así como el de obtener información (196 y 197 de la Ley), e impugnar los acuerdos sociales (art. 206), entre otros. Ahora bien, la conclusión anterior no puede confundirse con el carácter constitutivo de la inscripción (sobre lo que no procede un pronunciamiento expreso al ser irrelevante a los efectos de esta resolución), ni con la oponibilidad del acuerdo frente a terceros. Esta última circunstancia, que es la que propiamente constituye el objeto de la presente, está supeditada en nuestro ordenamiento a su debida publicación en los casos legalmente previstos (art. 21 del Código de Comercio).

En definitiva, y como ya ha quedado señalado en los párrafos anteriores, es necesario distinguir entre aquellos efectos que los acuerdos sociales producen respecto de terceros extraños y ajenos a la sociedad misma, quienes no pueden verse perjudicados por aquellos actos que sin haber accedido al Registro Mercantil se mantienen ocultos entre los socios, y los socios mismos quienes quedan vinculados por los acuerdos válidamente adoptados. Lo que no podría pretender la sociedad es hacer valer frente a terceros un acuerdo social que permanece en la clandestinidad, máxime cuando el órgano de administración está obligado a presentarlo a inscripción en el plazo de un mes desde su adopción, a fin de que desenvuelva todos los efectos previstos en el ordenamiento y no sólo los meramente internos (*vid.* artículo 19 del Código de Comercio en relación 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).

4. 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, los socios sería ya titulares de participaciones en número suficiente para solicitar, tal como ha hecho, el nombramiento de auditor que verifique las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

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 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* art. 363 del Registro Mercantil y resolución de 4 de febrero de 2013).

5. Respecto de la cuestión de la legitimación del socio minoritario ha tenido ocasión de pronunciarse reiteradamente esta Dirección General, manteniendo que es suficiente la aportación de un principio de prueba para entenderla acreditada, pues se estima que el artículo 351.2 Reglamento del Registro Mercantil 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». Es por tanto a la sociedad a la que corresponde desvirtuar dicho principio de prueba, aportando, a su vez, prueba suficiente como para deducir que el solicitante no ostentaba, en el momento de la solicitud, la legitimación que alegó. Con ello se pretende no introducir un desequilibrio en el principio de igualdad jurídica de las partes intervinientes en el procedimiento.

En el presente expediente el peticionario aportó un principio de prueba por escrito de su titularidad sobre un porcentaje superior al 5% de las participaciones sociales, consistente en la copia escritura de elevación a público de acuerdo de aumento de capital adoptado por unanimidad, junto con el certificado bancario de ingreso del capital ampliado. Por todo ello, debe concluirse que la sociedad no ha desvirtuado el principio de prueba de la legitimidad del solicitante, debiendo ser desestimado el presente recurso. Lo anterior, unido al cumplimiento por parte del 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 los socios 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 2019.

Atendiendo a las circunstancias de hecho y a los Fundamentos de Derecho expuestos, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Sevilla don Juan José Petrel Serrano de fecha 25 de septiembre de 2020 por la que acordaba a denegar el nombramiento de auditor para el ejercicio 2019.

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

De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 19 de noviembre de 2020 (8.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 19 de noviembre de 2020 (9.ª)

En el expediente 101/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de dos socios de «Planta Energía Solar Olivares VII, S.L.»

HECHOS

I

Don ….. y don ….. presentan un escrito de fecha 15 de julio de 2020, dirigido al Registro Mercantil de Sevilla, en el que tuvo su entrada el día 24 del mismo mes, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titulares de más del 5% del capital social de «Planta Energía Solar Olivares VII, S.L.» (concretamente titular del 24,78%), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

Acompañan copia de la escritura Elevación a Público de Acuerdos Sociales otorgada el 19 de agosto de 2008 ante don Juan Pedro Montes Agustí, Notario de Sevilla, por la que protocolizan los acuerdos adoptados en la Junta Universal de igual fecha. En la misma se acuerda, por unanimidad, el aumento de capital social suscrito íntegramente por los solici-

tantes, acompañando copia de la certificación bancaria del ingreso del importe ampliado en la cuenta de la mercantil en la entidad Cajasol.

Dicha solicitud es subsanada mediante escrito de fecha 30 de julio de 2020 en relación al ejercicio social respecto del que se solicita el nombramiento de auditor.

II

Dicha solicitud fue notificada a la sociedad por resolución de 5 de agosto para que formulare oposición al nombramiento si lo estimaba oportuno.

La sociedad se opuso a la pretensión de los socios mediante escrito de 20 de agosto de 2020 suscrito por don ….., administrador único de la sociedad, presentado el mismo día en el Registro Mercantil de Sevilla. En dicho escrito de oposición alega, en esencia, que los solicitantes carecen de la condición de socios y, por tanto, carecen de legitimación para instar el presente expediente, ya que la ampliación de capital de fech 19 de agosto de 2008 es nula al no haberse realizado el depósito del capital social ampliado. Acompaña fotocopia del extracto bancario de otra cuenta bancaria de la sociedad para acreditar tal extremo.

Mediante resolución del Registro Mercantil de Sevilla de fecha 26 de agosto de 2020, se requiere a la mercantil para que subsane la falta de autenticidad del documento presentado.

Mediante escrito de fecha 28 de agosto de 2020, ….., administrador único de la sociedad, atiende dicho requerimiento aportando certificación emitida por don ….., apoderado de Caixabank, acreditativo de los cambios de números de cuenta de la sociedad «Planta Energía Solar Olivares VII, S.L.».

Mediante resolución del Registro Mercantil de Sevilla de fecha 3 de septiembre de 2020, se requiere a la mercantil para que aporte escrito de oposición debidamente firmado por el representante orgánico de la misma. Dicho requerimiento es debidamente atendido en fecha 14 de septiembre de 2020.

III

El registrador mercantil de Sevilla, don Juan José Petrel Serrano dictó resolución en fecha 25 de septiembre de 2020 por la que acordó admitir la oposición y denegar el nombramiento del auditor solicitado por los socios minoritarios, al no constar inscrita la escritura de elevación de acuerdos sociales por la que se aumenta el capital social, debiendo «considerarse como inexistente el aumento de capital a efectos de la decisión del registrador».

IV

Don ….. y don ….. por escrito de fecha 20 de octubre de 2020, que tuvo entrada el día 26 en el Registro Mercantil de Sevilla, interpusieron 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 «por tener la hoja registral cerrada por falta de presentación de las cuentas anuales», entendiendo que «no cabe denegar el nombramiento de auditor por falta de inscripción de la ampliación de capital cuando es la propia sociedad la que impide la inscripción de ese y otros actos al no cumplir con sus obligaciones legales».

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 cuestión previa, es preciso señalar que el objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que, en este caso, 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 un socio que reúna al menos el 5% del capital en la sociedad en cuestión. Así, el artículo citado dispone que «en las sociedades que no estén obligadas a someter las cuentas anuales a verificación por un auditor, los socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social podrán solicitar del registrador mercantil del domicilio social que, con cargo a la sociedad, nombre un auditor de cuentas para que efectúe la revisión de las cuentas anuales de un determinado ejercicio siempre que no hubieran transcurrido tres meses a contar desde la fecha de cierre de dicho ejercicio». Por tanto, la competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones o conflictos entre los socios e interesados, que se desprenden de los escritos de alegaciones, recurso y documentos que se acompañan, que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la constitución española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

2. 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 Universalde 19 de agosto de 2008 por la que se acuerda el aumento de capital de la sociedad, la certificación emitida por el administrador solidario el mismo día, así como la escritura pública que documenta y eleva a público los acuerdos contenidos en el acta a que se refiere, junto con el certificado bancario de ingreso del capital aumentado en la cuenta de la mercantil en la entidad bancaria Cajasol.

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 -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 (art. 21 del Código de Comercio). Sólo en este momento regirá la presunción legal de que el acuerdo es exacto y válido (art. 20 del Código de Comercio), quedando excluida la posibilidad de que se desplieguen los fuertes efectos derivados de la inscripción respecto de acuerdos que no han pasado el filtro de la calificación registral (art. 18 del Código de Comercio).

3. Cuestión distinta es si la inscripción tiene o no carácter constitutivo. Ciertamente, y como pusiera de relieve la resolución de 4 de febrero de 2013, no pueden confundirse los diferentes planos en los que actúa la eficacia del acuerdo no inscrito. De conformidad con lo establecido en el artículo 159 de la Ley de Sociedades de Capital el acuerdo social se produce por la concurrencia del régimen de votación previsto en la Ley, momento en el que: «2. Todos los socios, incluso los disidentes y los que no hayan participado en la reunión, quedan sometidos a los acuerdos de la junta general», añadiendo el artículo 202 que: «3. Los acuerdos sociales podrán ejecutarse a partir de la fecha de la aprobación del acta en la que consten». 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». Efectivamente, en el caso que motiva la presente, resulta del expediente la existencia de escritura pública que documenta y eleva a público los acuerdos contenidos en el acta, siendo cierto 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 (art. 91 de la Ley de Sociedades de Capital), y legitima para ejercitar los derechos inherentes a la misma (art. 93 del mismo texto legal), siempre de acuerdo a los requisitos que para su ejercicio exige el ordenamiento y sin perjuicio de las restricciones derivadas del hecho de la no inscripción (art. 34 de la propia Ley), o de la responsabilidad que de dicha circunstancia derive hacia los administradores (art. 54, 55 y 316 de la Ley). Los socios por tanto, desde ese momento, están

legitimados frente a la sociedad para que esta les reconozca la condición de socio (art. 104 de la Ley), y el ejercicio de los derechos inherentes a esta condición: derecho al dividendo (art. 275), a la cuota de liquidación (art. 392), al de asunción o suscripción preferente (art. 304), al de asistir (art. 179), y votar (art. 188), en las juntas generales, así como el de obtener información (196 y 197 de la Ley), e impugnar los acuerdos sociales (art. 206), entre otros. Ahora bien, la conclusión anterior no puede confundirse con el carácter constitutivo de la inscripción (sobre lo que no procede un pronunciamiento expreso al ser irrelevante a los efectos de esta resolución), ni con la oponibilidad del acuerdo frente a terceros. Esta última circunstancia, que es la que propiamente constituye el objeto de la presente, está supeditada en nuestro ordenamiento a su debida publicación en los casos legalmente previstos (art. 21 del Código de Comercio).

En definitiva, y como ya ha quedado señalado en los párrafos anteriores, es necesario distinguir entre aquellos efectos que los acuerdos sociales producen respecto de terceros extraños y ajenos a la sociedad misma, quienes no pueden verse perjudicados por aquellos actos que sin haber accedido al Registro Mercantil se mantienen ocultos entre los socios, y los socios mismos quienes quedan vinculados por los acuerdos válidamente adoptados. Lo que no podría pretender la sociedad es hacer valer frente a terceros un acuerdo social que permanece en la clandestinidad, máxime cuando el órgano de administración está obligado a presentarlo a inscripción en el plazo de un mes desde su adopción, a fin de que desenvuelva todos los efectos previstos en el ordenamiento y no sólo los meramente internos (*vid.* artículo 19 del Código de Comercio en relación 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).

4. 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, los socios sería ya titulares de participaciones en número suficiente para solicitar, tal como ha hecho, el nombramiento de auditor que verifique las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

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 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* art. 363 del Registro Mercantil y resolución de 4 de febrero de 2013).

5. Respecto de la cuestión de la legitimación del socio minoritario ha tenido ocasión de pronunciarse reiteradamente esta Dirección General, manteniendo que es suficiente la aportación de un principio de prueba para entenderla acreditada, pues se estima que el artículo 351.2 Reglamento del Registro Mercantil 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». Es por tanto a la sociedad a la que corresponde desvirtuar dicho principio de prueba, aportando, a su vez, prueba suficiente como para deducir que el solicitante no ostentaba, en el momento de la solicitud, la legitimación que alegó. Con ello se pretende no introducir un desequilibrio en el principio de igualdad jurídica de las partes intervinientes en el procedimiento.

En el presente expediente el peticionario aportó un principio de prueba por escrito de su titularidad sobre un porcentaje superior al 5% de las participaciones sociales, consistente en la copia escritura de elevación a público de acuerdo de aumento de capital adoptado por unanimidad, junto con el certificado bancario de ingreso del capital ampliado. Por todo ello, debe concluirse que la sociedad no ha desvirtuado el principio de prueba de la legitimidad del solicitante, debiendo ser desestimado el presente recurso. Lo anterior, unido al cumplimiento por parte del solicitante 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 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 2019.

Atendiendo a las circunstancias de hecho y a los Fundamentos de Derecho expuestos, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Sevilla don Juan José Petrel Serrano de fecha 25 de septiembre de 2020 por la que acordaba a denegar el nombramiento de auditor para el ejercicio 2019.

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

De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 19 de noviembre de 2020 (9.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 19 de noviembre de 2020 (10.ª)

En el expediente 102/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de dos socios de «Planta Energía Solar Olivares VIII, S.L.»

HECHOS

I

Don ….. y don ….. presentan un escrito de fecha 15 de julio de 2020, dirigido al Registro Mercantil de Sevilla, en el que tuvo su entrada el día 24 del mismo mes, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titulares de más del 5% del capital social de «Planta Energía Solar Olivares VII, S.L.» (concretamente titular del 24,78%), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

Acompañan copia de la escritura Elevación a Público de Acuerdos Sociales otorgada el 19 de agosto de 2008 ante don Juan Pedro Montes Agustí, Notario de Sevilla, por la que protocolizan los acuerdos adoptados en la Junta Universal de igual fecha. En la misma se acuerda, por unanimidad, el aumento de capital social suscrito íntegramente por los solicitantes, acompañando copia de la certificación bancaria del ingreso del importe ampliado en la cuenta de la mercantil en la entidad Cajasol.

Dicha solicitud es subsanada mediante escrito de fecha 30 de julio de 2020 en relación al ejercicio social respecto del que se solicita el nombramiento de auditor.

II

Dicha solicitud fue notificada a la sociedad por resolución de 5 de agosto para que formulare oposición al nombramiento si lo estimaba oportuno.

La sociedad se opuso a la pretensión de los socios mediante escrito de 20 de agosto de 2020 suscrito por don ….., administrador único de la sociedad, presentado el mismo día en el Registro Mercantil de Sevilla. En dicho escrito de oposición alega, en esencia, que los solicitantes carecen de la condición de socios y, por tanto, carecen de legitimación para instar el presente expediente, ya que la ampliación de capital de fecha 19 de agosto de 2008 es nula al no haberse realizado el depósito del capital social ampliado. Acompaña fotocopia del extracto bancario de otra cuenta bancaria de la sociedad para acreditar tal extremo.

Mediante resolución del Registro Mercantil de Sevilla de fecha 26 de agosto de 2020, se requiere a la mercantil para que subsane la falta de autenticidad del documento presentado.

Mediante escrito de fecha 28 de agosto de 2020, don ….., administrador único de la sociedad, atiende dicho requerimiento aportando certificación emitida por don ….., apoderado de Caixabank, acreditativo de los cambios de números de cuenta de la sociedad «Planta Energía Solar Olivares VIII, S.L.».

Mediante resolución del Registro Mercantil de Sevilla de fecha 3 de septiembre de 2020, se requiere a la mercantil para que aporte escrito de oposición debidamente firmado por el representante orgánico de la misma. Dicho requerimiento es debidamente atendido en fecha 14 de septiembre de 2020.

III

El registrador mercantil de Sevilla, don Juan José Petrel Serrano dictó resolución en fecha 25 de septiembre de 2020 por la que acordó admitir la oposición y denegar el nombramiento del auditor solicitado por los socios minoritarios, al no constar inscrita la escritura de elevación de acuerdos sociales por la que se aumenta el capital social, debiendo «considerarse como inexistente el aumento de capital a efectos de la decisión del registrador».

IV

Don ….. y don ….. por escrito de fecha 20 de octubre de 2020, que tuvo entrada el día 26 en el Registro Mercantil de Sevilla, interpusieron 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 «por tener la hoja registral cerrada por falta de presentación de las cuentas anuales», entendiendo que «no cabe denegar el nombramiento de auditor por falta de inscripción de la ampliación de capital cuando es la propia sociedad la que impide la inscripción de ese y otros actos al no cumplir con sus obligaciones legales».

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 cuestión previa, es preciso señalar que el objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que, en este caso, 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 un socio que reúna al menos el 5% del capital en la sociedad en cuestión. Así, el artículo citado dispone que «en las sociedades que no estén obligadas a someter las cuentas anuales a verificación por un auditor, los socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social podrán solicitar del registrador mercantil del domicilio social que, con cargo a la sociedad, nombre un auditor de cuentas para que efectúe la revisión de las cuentas anuales de un determinado ejercicio siempre que no hubieran transcurrido tres meses a contar desde la fecha de cierre de dicho ejercicio». Por tanto, la competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones o conflictos entre los socios e interesados, que se desprenden de los escritos de alegaciones, recurso y documentos que se acompañan, que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la constitución española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

2. 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 Universal de 19 de agosto de 2008 por la que se acuerda el aumento de capital de la sociedad, la certificación emitida por el administrador solidario el mismo día, así como la escritura pública que documenta y eleva a público los acuerdos contenidos en el acta a que se refiere, junto con el certificado bancario de ingreso del capital aumentado en la cuenta de la mercantil en la entidad bancaria Cajasol.

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 -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 (art. 21 del Código de Comercio). Sólo en este momento regirá la presunción legal de que el acuerdo es

exacto y válido (art. 20 del Código de Comercio), quedando excluida la posibilidad de que se desplieguen los fuertes efectos derivados de la inscripción respecto de acuerdos que no han pasado el filtro de la calificación registral (art. 18 del Código de Comercio).

3. Cuestión distinta es si la inscripción tiene o no carácter constitutivo. Ciertamente, y como pusiera de relieve la resolución de 4 de febrero de 2013, no pueden confundirse los diferentes planos en los que actúa la eficacia del acuerdo no inscrito. De conformidad con lo establecido en el artículo 159 de la Ley de Sociedades de Capital el acuerdo social se produce por la concurrencia del régimen de votación previsto en la Ley, momento en el que: «2. Todos los socios, incluso los disidentes y los que no hayan participado en la reunión, quedan sometidos a los acuerdos de la junta general», añadiendo el artículo 202 que: «3. Los acuerdos sociales podrán ejecutarse a partir de la fecha de la aprobación del acta en la que consten». 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». Efectivamente, en el caso que motiva la presente, resulta del expediente la existencia de escritura pública que documenta y eleva a público los acuerdos contenidos en el acta, siendo cierto 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 (art. 91 de la Ley de Sociedades de Capital), y legitima para ejercitar los derechos inherentes a la misma (art. 93 del mismo texto legal), siempre de acuerdo a los requisitos que para su ejercicio exige el ordenamiento y sin perjuicio de las restricciones derivadas del hecho de la no inscripción (art. 34 de la propia Ley), o de la responsabilidad que de dicha circunstancia derive hacia los administradores (art. 54, 55 y 316 de la Ley). Los socios por tanto, desde ese momento, están legitimados frente a la sociedad para que esta les reconozca la condición de socio (art. 104 de la Ley), y el ejercicio de los derechos inherentes a esta condición: derecho al dividendo (art. 275), a la cuota de liquidación (art. 392), al de asunción o suscripción preferente (art. 304), al de asistir (art. 179), y votar (art. 188), en las juntas generales, así como el de obtener información (196 y

197 de la Ley), e impugnar los acuerdos sociales (art. 206), entre otros. Ahora bien, la conclusión anterior no puede confundirse con el carácter constitutivo de la inscripción (sobre lo que no procede un pronunciamiento expreso al ser irrelevante a los efectos de esta resolución), ni con la oponibilidad del acuerdo frente a terceros. Esta última circunstancia, que es la que propiamente constituye el objeto de la presente, está supeditada en nuestro ordenamiento a su debida publicación en los casos legalmente previstos (art. 21 del Código de Comercio).

En definitiva, y como ya ha quedado señalado en los párrafos anteriores, es necesario distinguir entre aquellos efectos que los acuerdos sociales producen respecto de terceros extraños y ajenos a la sociedad misma, quienes no pueden verse perjudicados por aquellos actos que sin haber accedido al Registro Mercantil se mantienen ocultos entre los socios, y los socios mismos quienes quedan vinculados por los acuerdos válidamente adoptados. Lo que no podría pretender la sociedad es hacer valer frente a terceros un acuerdo social que permanece en la clandestinidad, máxime cuando el órgano de administración está obligado a presentarlo a inscripción en el plazo de un mes desde su adopción, a fin de que desenvuelva todos los efectos previstos en el ordenamiento y no sólo los meramente internos (*vid.* artículo 19 del Código de Comercio en relación 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).

4. 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, los socios sería ya titulares de participaciones en número suficiente para solicitar, tal como ha hecho, el nombramiento de auditor que verifique las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

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 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* art. 363 del Registro Mercantil y resolución de 4 de febrero de 2013).

5. Respecto de la cuestión de la legitimación del socio minoritario ha tenido ocasión de pronunciarse reiteradamente esta Dirección General, manteniendo que es suficiente la aportación de un principio de prueba para entenderla acreditada, pues se estima que el artículo 351.2 Reglamento del Registro Mercantil 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». Es por tanto a la sociedad a la que corresponde desvirtuar dicho principio de prueba, aportando, a su vez, prueba suficiente como para deducir que el solicitante no ostentaba, en el momento de la solicitud, la legitimación que alegó. Con ello se pretende no introducir un desequilibrio en el principio de igualdad jurídica de las partes intervinientes en el procedimiento.

En el presente expediente el peticionario aportó un principio de prueba por escrito de su titularidad sobre un porcentaje superior al 5% de las participaciones sociales, consistente en la copia escritura de elevación a público de acuerdo de aumento de capital adoptado por unanimidad, junto con el certificado bancario de ingreso del capital ampliado. Por todo ello, debe concluirse que la sociedad no ha desvirtuado el principio de prueba de la legitimidad del solicitante, debiendo ser desestimado el presente recurso. Lo anterior, unido al cumplimiento por parte del solicitante 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 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 2019.

Atendiendo a las circunstancias de hecho y a los Fundamentos de Derecho expuestos, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Sevilla don Juan José Petrel Serrano de fecha 25 de septiembre de 2020 por la que acordaba a denegar el nombramiento de auditor para el ejercicio 2019.

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

De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 19 de noviembre de 2020 (10.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 20 de noviembre de 2020 (1.ª)

En el expediente 5/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Calzados Arbizu, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 2 de enero de 2020, dirigido al Registro Mercantil de Bilbao, 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 «Calzados Arbizu, S.L.» (concretamente titular del 45%), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

II

El registrador mercantil de Bilbao, don Carlos Alonso Olarra, dio traslado de la anterior solicitud a la mercantil por resolución de fecha 7 de enero de 2020, a los efectos, en su caso, de formalizar oposición al nombramiento solicitado.

III

Por medio de escrito de fecha 16 de enero de 2020, presentado el mismo día en el Registro Mercantil de Bilbao, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando, mediante escrito suscrito por don ….., administrador único, en esencia, el nombramiento anterior de auditor voluntario a instancia de la mercantil para el referido ejercicio social.

IV

El registrador mercantil de Bilbao III, don Carlos Alonso Olarra, dictó resolución de fecha 23 de enero de 2020 por la que acordó no estimar la oposición formulada al no haber quedado debidamente salvaguardado el interés protegible del socio minoritario mediante la inscripción del nombramiento del auditor designado por la mercantil, mediante la entrega al socio del referido informe, o mediante su incorporación al presente expediente.

V

Don ….., en su condición de administrador único, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución registral de fecha 23 de enero de 2020, alegando el nombramiento del auditor voluntario en fecha 20 de diciembre de 2019 así como su aceptación en fecha 24 de diciembre de 2019. Acompaña copia de la certificación del acuerdo de nombramiento, así como del escrito de aceptación suscrito por el auditor designado.

Se incorpora al presente expediente copia de la hoja social de la mercantil «Calzados Arbizu, S.L.» de la que resulta la inscripción del nombramiento de auditor voluntario para los ejercicios 2019 a 2021 en fecha 19 de febrero de 2020, causando la inscripción 7.ª

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

lla efectivamente se realice y el socio pueda tener perfecto conocimiento de la contabilidad de la sociedad».

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: a) Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. b) Que se garantice el derecho del socio al informe de auditoría, lo que 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, como es el caso del presente expediente, 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 3 de enero de 2020 y, por otro, que ha sido nombrado auditor voluntario para los ejercicios del 2019 al 2021 con carácter previo, en concreto con fecha 20 de diciembre de 2019, presentado a inscripción en el registro mercantil, así como que dicho nombramiento consta inscrito en la hoja social con fecha 19 de febrero de 2020, todo ello, según resulta del propio expediente.

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 debe prosperar ya que ha quedado acreditado tanto el nombramiento anterior a la solicitud como la inscripción en la hoja social de dicho nombramiento. 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 (art. 4.1

de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas). Procedería por este mismo motivo la desestimación del recurso.

Por tanto, debe concluirse que ha quedado acreditado tanto el nombramiento anterior de auditor de manera voluntaria por la sociedad así como su inscripción en el Registro Mercantil, por lo que debe concluirse 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 de los solicitantes, 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. Si bien el recurrente alega la falta de independencia del auditor nombrado, 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 los interesados consideran que el nombramiento o 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 Bilbao III, don Carlos Alonso Olarra, de fecha 23 de enero de 2020, por la que acordó desestimar la oposición y, en consecuencia, 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 pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 20 de noviembre de 2020 (1.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 20 de noviembre de 2020 (2.ª)

En el expediente 8/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Arbizu Sport, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 2 de enero de 2020, dirigido al Registro Mercantil de Bilbao, 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 «Arbizu Sport, S.L» (concretamente titular del 39,92%), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

II

El registrador mercantil de Bilbao, don Carlos Alonso Olarra, dio traslado de la anterior solicitud a la mercantil por resolución de fecha 7 de enero de 2020, a los efectos, en su caso, de formalizar oposición al nombramiento solicitado.

III

Por medio de escrito de fecha 16 de enero de 2020, presentado el mismo día en el Registro Mercantil de Bilbao, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando, mediante escrito suscrito por don ….., administrador único, en esencia, el nombramiento anterior de auditor voluntario a instancia de la mercantil para el referido ejercicio social.

IV

El registrador mercantil de Bilbao III, don Carlos Alonso Olarra, dictó resolución de fecha 23 de enero de 2020 por la que acordó no estimar la oposición formulada al no haber quedado debidamente salvaguardado el interés protegible del socio minoritario mediante la inscripción del nombramiento del auditor designado por la mercantil, mediante la entrega al socio del referido informe, o mediante su incorporación al presente expediente.

V

Don ….., en su condición de administrador único, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución registral de fecha 23 de enero de 2020, alegando el nombramiento del auditor voluntario en fecha 20 de diciembre de 2019 así como su aceptación en fecha 24 de diciembre de 2019. Acompaña copia de la certificación del acuerdo de nombramiento, así como del escrito de aceptación suscrito por el auditor designado.

Se incorpora al presente expediente copia de la hoja social de la mercantil «ARBIZU SPORT, S.L.» de la que resulta la inscripción del nombramiento de auditor voluntario para los ejercicios 2019 a 2021 en fecha 19 de febrero de 2020, causando la inscripción 6.ª

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. En primer lugar, y desde el punto de vista formal, hay que tener en cuenta que el objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital prevé para que se acuerde la pertinencia del nombramiento de auditor a instancia de la minoría. La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas

(art. 117 de la constitución española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial). 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 cuanto al fondo del 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 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 auditoria 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, como es el caso del presente expediente, 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 3 de enero de 2020 y, por otro, que ha sido nombrado auditor voluntario para los ejercicios del 2019 al 2021 con carácter previo, en concreto con fecha 20 de diciembre de 2019, presentado a inscripción en el registro mercantil, así como que dicho nombramiento consta inscrito en la hoja social con fecha 19 de febrero de 2020, todo ello, según resulta del propio expediente.

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 debe prosperar ya que ha quedado acreditado tanto el nombramiento anterior a la solicitud como la inscripción en la hoja social de dicho

nombramiento. 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 (art. 4.1 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas). Procedería por este mismo motivo la desestimación del recurso.

Por tanto, debe concluirse que ha quedado acreditado tanto el nombramiento anterior de auditor de manera voluntaria por la sociedad así como su inscripción en el Registro Mercantil, por lo que debe concluirse 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 de los solicitantes, 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. Si bien el recurrente alega la falta de independencia del auditor nombrado, 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 los interesados consideran que el nombramiento o la actuación u omisión del auditor nombrado por la sociedad no es conforme con el cumplimiento de las obligaciones legalmente exigibles o que su indepen-

dencia 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 Bilbao III, don Carlos Alonso Olarra, de fecha 23 de enero de 2020, por la que acordó desestimar la oposición y, en consecuencia, 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 pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 20 de noviembre de 2020 (2.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 20 de noviembre de 2020 (3.ª)

En el expediente 23/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «La Tía Úrsula, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., don ….. y doña …..presentaron escrito de fecha 7 de febrero de 2020 dirigido al Registro Mercantil de Bizkaia, en el que tuvo su entrada el día 19 de febrero de 2020, en el que solicitó al amparo del artículo 265.2 de la Ley 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 «La Tía Úrsula, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil en el domicilio social por resolución de fecha 19 de febrero de 2020, para que, en su caso, formule oposición a tal solicitud. Dicha notificación fue entregada en el domicilio social el día 21 de febrero de 2020.

Doña ….., en nombre y representación de la mercantil «La Tía Úrsula, S.L.» en su condición de administradora solidaria, formula oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito presentado el Registro Mercantil de Bizkaia el día 28 de febrero de 2020. En dicho escrito alega, en esencia el nombramiento previo de auditor voluntario por parte de la sociedad, siendo presentado para su inscripción en el Registro Mercantil el día 16 de septiembre de 2019, acreditando la aceptación del encargo mediante escrito fechado el día 8 de octubre de 2019 y suscrito por don ….., auditor de cuentas. Dicha solicitud de inscripción del nombramiento de auditor voluntario fue calificada negativamente el día 20 de diciembre de 2019.

III

El registrador mercantil de Bilbao III, don Carlos Alonso Olarra, dictó resolución de fecha 5 de marzo de 2020 por la que resolvió desestimar la oposición y acordó el nombramiento solicitado.

IV

Doña ….., en su condición de administradora solidaria, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 5 de marzo de 2020, reiterando el nombramiento anterior de auditor voluntario para la verificación de las cuentas correspondientes al ejercicio 2019. Complementa dicho recurso con escrito fechado el 29 de junio de 2020 del que resulta la recepción del referido informe de auditoría en fecha 15 de junio de 2020, su remisión por burofax a los socios solicitantes en fecha 18 de junio de 2020, así como su incorporación al presente expediente.

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. 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 auditoria 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 19 de febrero de 2020 y, por otro, que la sociedad acredita que nombró auditor voluntario para el mismo ejercicio con carácter previo el día 16 de septiembre de 2019, su aceptación mediante escrito de fecha 8 de octubre de 2019, así como su presentación en el Registro Mercantil para su inscripción el día 19 de diciembre de 2019. De igual modo, queda acreditado, en sede de recurso, la emisión del informe de verificación contable correspondiente al ejercicio 2019 el día 15 de junio de 2020, su puesta a disposición de los socios solicitantes el 18 de junio de 2020, así como su incorporación al presente expediente.

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 el nombramiento anterior del auditor voluntario a instancia de la sociedad requerida, resultando así de la documentación aportada por la misma sociedad al expediente en su escrito de oposición. 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 como resulta del propio recurso y su escrito complementario, ha sido debidamente acreditada la incorporación del referido informe de auditoría correspondiente al ejercicio 2019 al presente expediente, así como su puesta a disposición de los socios minoritarios. 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 (art. 4.1 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas). Procedería, por tanto, por este mismo motivo la estimación del recurso.

En consecuencia 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 compe-

tente; 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 Bilbao III, don Carlos Alonso Olarra, de fecha 5 de marzo de 2020, por la que resolvió desestimar la oposición y acordó el nombramiento solicitado.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 20 de noviembre de 2020 (3.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 20 de noviembre de 2020 (4.ª)

En el expediente 58/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Poli del Rey Estefanía Correduría de Seguros, S.L.».

HECHOS

I

Don José ….., en nombre y representación de doña ….., presentó escrito de fecha 28 de mayo de 2020 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 «Poli del Rey Estefanía Correduría de Seguros, S.L.» (concretamente titular del 30% del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019. Acompaña copia de la escritura de constitución de la sociedad de fecha 21 de noviembre de 1996, otorgada ante don Fernando Planelles Chapuli, Notario de Benidorm, de donde se desprende la legitimación de la socia solicitante; así como copia de la escritura de apoderamiento otorgada el 25 de mayo de 2020 ante doña María José Quesada Callejón, Notario de Benidorm, por la que doña …..concede poder a don ….. para representarle en el presente expediente.

II

Por el registro mercantil de Alicante se dio traslado de la anterior solicitud a la mercantil por resolución de fecha 1 de junio de 2020, para que, en caso de considerarlo oportuno, ejercitara su derecho de oposición conforme al artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil.

III

La sociedad no formula oposición en el plazo legalmente previsto. Doña ….. y don ….., en su condición de administradores solidarios de la sociedad «Poli del Rey Estefanía Correduría de Seguros, S.L.», presentan de manera extemporánea escrito de oposición alegando, en esencia, la falta de acreditación de las facultades representativas del presentante en nombre de la socia solicitante, así como el nombramiento anterior de auditor voluntario por parte de la mercantil.

IV

El registrador mercantil de Alicante I, don José Manresa García, dictó resolución de fecha 7 de julio de 2020, por la que resuelve la procedencia del nombramiento solicitado.

V

Don ….., en nombre y representación de la mercantil en su condición de administrador solidario, mediante escrito de fecha 28 de julio de 2020 interpuso recurso contra dicha resolución de 7 de julio de 2020, reiterando los argumentos de su escrito de oposición, en esencia, tener ya auditor voluntario nombrado para el ejercicio solicitado, así como la falta de acreditación tanto de la legitimación de la socia solicitante, como de las facultades representativas del presentante en nombre de la misma.

Mediante resolución de fecha 25 de septiembre de 2020, esta Dirección General requiere, conforme a lo dispuesto en el artículo 118 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, a la sociedad «Poli del Rey Estefanía Correduría de Seguros, S.L.» para que, en el plazo de quince días, acredite la inscripción del auditor voluntario designado por la mercantil, aporte el informe de verificación contable correspondiente al ejercicio 2019, o acredite su entrega a la socia solicitante. Dicho requerimiento no ha sido atendido.

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. 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. Ninguna de las tres circunstancias anteriores resulta acreditada en el expediente obrante en esta Dirección General.

2. En el presente expediente resulta por un lado que la socia, debidamente representada, presenta su solicitud en el registro mercantil con fecha 28 de mayo de 2020 y, por otro, que la sociedad manifiesta que nombró auditor voluntario para el mismo ejercicio con carácter anterior a la solicitud, sin que

resulte del expediente obrante en esta Dirección General haberse cumplido ninguna de las tres circunstancias más arriba dichas que enervarían la procedencia de designación de auditor por la registradora mercantil al encontrarse en esos casos suficientemente protegido el interés del socio solicitante.

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, podría llegar a quedar acreditado el nombramiento voluntario de auditor, no así su inscripción en el Registro Mercantil, de modo 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 pueden enervar la procedencia de designación de auditor por el registrador mercantil, y nada de ello resulta acreditado en el expediente obrante en esta Dirección General. 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 cualesquiera otras cuestiones, reservadas, en su caso, al correspondiente procedimiento judicial.

4. En cuanto al segundo motivo de recurso, es decir, la falta de acreditación de la legitimación de la socia solicitante, ni de las facultades representativas del presentante, tampoco puede ser estimado.

En primer lugar, no ha quedado desvirtuada la legitimidad del solicitante puesto que la propia mercantil en ningún momento desvirtúa el principio de prueba de la titularidad aportado al expediente, como es la titularidad de las participaciones sociales por parte de la misma desde la propia constitución, hecho no controvertido.

En tal sentido, y sobre la cuestión de la legitimación del socio minoritario, ha tenido ocasión de pronunciarse reiteradamente esta Dirección General manteniendo que es suficiente la aportación de un principio de prueba para entenderla acreditada, pues se estima que el artículo 351.2 Reglamento del Registro Mercantil 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». Es por tanto a la sociedad a la que corresponde desvirtuar dicho principio de prueba, aportando, a su vez, prueba suficiente como para deducir que el solicitante no ostentaba, en el momento de la solicitud, la legitimación que alegó. Con ello se pretende no introducir un desequilibrio en el principio de igualdad jurídica de las partes intervinientes en el procedimiento.

Resulta, por tanto, del expediente un principio de prueba de la titularidad de la solicitante sobre un porcentaje superior al 5% de las participaciones sociales, conforme a la propia escritura de constitución de la sociedad.

En segundo lugar, resulta acreditado en el presente expediente la suficiencia facultades representativas de don ….. en nombre de doña ….., al acompañar copia de la escritura de poder que incluye todo tipo de actos judiciales y administrativos, incluidos la comparecencia ante toda clase de organismos y registros públicos.

5. Lo anterior, unido al cumplimiento por las solicitantes de los requisitos exigidos por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, que no han sido desvirtuados por la sociedad en el expediente, esto es, representando 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 2019.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Alicante I, don José Manresa García, de fecha 7 de julio de 2020, debiendo procederse al nombramiento de auditor solicitado, dado que dicho nombramiento no consta inscrito en el registro mercantil, ni se ha acreditado la aportación al expediente del informe de verificación ni su entrega a la socia solicitante, todo ello 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 pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 20 de noviembre de 2020 (4.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 25 de noviembre de 2020 (1.ª)

En el expediente 20/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Empresa de Electricidad San José, S.A.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 21 de enero de 2020 dirigido al Registro Mercantil de Sevilla, en el que tuvo su entrada el día 22 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 «Empresa de Electricidad San José, S.A.» (concretamente titular del 6,25% del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

II

Por el registro mercantil de Sevilla se dio traslado de la anterior solicitud a la mercantil por resolución de fecha 27 de enero de 2020, para que, en caso de considerarlo oportuno, ejercitara su derecho de oposición conforme al artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil. Dicha notificación fue entregada en el domicilio social el día 30 de enero de 2020.

III

La sociedad se opuso a la pretensión del socio por medio de escrito de fecha 31 de enero de 2020 suscrito por don …..., en nombre y representación de la mercantil como Presidente del Consejo de Administración de la misma, alegando, en esencia, el nombramiento de auditor voluntario para la verificación de los ejercicios 2019, 2020 y 2021 a la sociedad auditora «Hemisfinan Auditores, S.L.» en el Consejo de Administración celebrado el día 30 de diciembre de 2019. Tal nombramiento fue notificado a la sociedad auditora el día 10 de enero de 2020 mediante certificación de igual fecha con firma legitimada notarialmente. Se acompañan copias de los referidos documentos.

La sociedad auditora «Hemisfinan Auditores, S.L.» aceptó dicho encargo mediante escrito, con firma legitimada notarialmente, de fecha 17 de enero de 2020.

En fecha 23 de enero de 2020 se presenta a su inscripción el referido nombramiento en el Registro Mercantil de Sevilla, causando el número de entrada 1/2020/1510 y el asiento de presentación 232 del Libro Diario 1024.

Resulta del presente expediente que dicho asiento de presentación fue calificado negativamente en fecha 5 de febrero de 2020, siendo notificado a su presentante el día 7 de febrero, quien retira dicho documento el día 7 marzo de 2020. El mismo día reintegra la referida certificación, declarándose subsistente la calificación en fecha 24 de marzo de 2020. El aludido asiento de presentación caducó sin haberse practicado operación registral alguna.

IV

El registrador mercantil de Sevilla, don Juan Ignacio Madrid Alonso, dictó resolución de fecha 7 de febrero de 2020, por la que resuelve la suspensión de la tramitación del presente expediente hasta que se lleve a cabo la inscripción del nombramiento de auditor voluntario o caduque el asiento de presentación.

V

Don ….., mediante escrito el 3 de marzo de 2020, interpuso recurso contra dicha resolución de 7 de febrero, alegando la improcedencia de la suspensión del expediente.

Mediante resolución de fecha 6 de mayo de 2020, esta Dirección General requiere, conforme a lo dispuesto en el artículo 118 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, a la sociedad «Empresa de Electricidad San José, S.A.» para que, en el plazo de quince días, acredite la inscripción del auditor voluntario designado por la mercantil, aporte el informe de verificación contable correspondiente al ejercicio 2019, o acredite su entrega al socio solicitante. Dicho requerimiento no ha sido atendido.

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. 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. Ninguna de las tres circunstancias anteriores resulta acreditada en el expediente obrante en esta Dirección General.

2. En el presente expediente resulta, por un lado, que el socio presenta su solicitud en el registro mercantil con fecha 22 de enero de 2020 y, por otro, que la sociedad manifiesta y acredita, conforme resulta de la exposición fáctica anteriormente reproducida, que nombró auditor voluntario para el mismo ejercicio con anterioridad a tal solicitud, sin que resulte del expediente obrante en esta Dirección General haberse cumplido ninguna de las tres circunstancias más arriba dichas que enervarían la procedencia de designación de auditor por el registrador mercantil al encontrarse, en esos casos, suficientemente protegido el interés del socio solicitante.

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. 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 hubiera 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.* arts. 23, 29, 80 y 358.2 del Reglamento del Registro Mercantil).

4. Esta es la situación que se producía en el presente expediente, puesto que se solicitó la inscripción del nombramiento de auditor voluntario, inscrip-

ción que de practicarse enervaría la solicitud del socio minoritario de acuerdo a la doctrina expuesta más arriba.

Sin embargo, resulta del expediente la actual firmeza de la situación registral por cuanto, presentada la solicitud de inscripción de auditor voluntario por la sociedad el día 23 de enero de 2020, causando el asiento de presentación 323 del Libro Diario 1024, número de entrada 1/2020/1510, fue calificada como defectuosa el 5 de febrero de 2020, encontrándose caducado dicho asiento de presentación. Por tanto, producida la caducidad del asiento de presentación y despejada la incertidumbre, es procedente el pronunciamiento de este Centro Directivo de acuerdo con el contenido del Registro.

5. El recurso debe prosperar ya que, por un lado, ha quedado acreditado en el presente expediente la caducidad del asiento de presentación relativo al nombramiento de auditor voluntario por parte de la sociedad y, pese a resultar acreditado el nombramiento voluntario de auditor con anterioridad a la presentación de la solicitud, no así su inscripción en el Registro Mercantil, de modo que, a falta de tal 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, y nada de ello resulte acreditado en el expediente obrante en esta Dirección General, a pesar del expreso requerimiento formulado por este Centro Directivo. 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 cualesquiera otras cuestiones, reservadas, en su caso, al correspondiente procedimiento judicial.

6. Lo anterior, unido al cumplimiento por las solicitantes de los requisitos exigidos por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, que no han sido desvirtuados por la sociedad en el expediente, esto es, representando 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 2019.

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Sevilla III, don Juan Ignacio Madrid Alonso, de fecha 7 de febrero de 2020, debiendo procederse al nombramiento de auditor solicitado, dado que dicho nombramiento voluntario no consta inscrito en el registro mercantil, habiendo caducado el asiento de presentación, y ni se ha acreditado la aportación al expediente del informe de verificación ni su entrega al socio solicitante, todo ello 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 pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 25 de noviembre de 2020 (1.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 25 de noviembre de 2020 (4.ª)

En el expediente 79/2020 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Delgado Asturias, S.L.»

HECHOS

I

Don L.S.D. presenta un escrito de fecha 11 de marzo de 2020, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que solicita, 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 ostenta en la sociedad Delgado Asturias S.L., como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación al amparo del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

Fundamenta su solicitud en los siguientes extremos de acuerdo a la documentación que se acompaña:

a) Que la sociedad celebró junta general ordinaria el día 13 de diciembre de 2019 como resulta del acta notarial autorizada por la notaria de Madrid doña Blanca Valenzuela Fernández el mismo día de la celebración de la junta general. De copia de la citada acta y de su diligencia, también de la misma fecha, resulta que, una vez constituida la junta con la presencia de la totalidad del capital social y previa la declaración del presidente al respecto se entró en el orden del día. El segundo punto de este se refiere a la «Presentación y aprobación, en su caso, de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio terminado el 31 de diciembre de 2018 y aplicación del resultado de dicho ejercicio…» El representante del hoy

solicitante hace diversas preguntas y consideraciones en relación al mismo; específicamente que considera que la propuesta de compensar el dividendo propuesto con deudas de socios constituye un fraude de ley al artículo 348 bis anunciando el ejercicio del derecho de separación para el caso de aprobarse la propuesta como finalmente ocurre.

La propuesta de aplicación del resultado se aprueba por cinco de los seis socios que integran el capital social con el voto en contra del representante del hoy solicitante.

Del contenido del acta resulta igualmente el informe de auditoría de las cuentas anuales de la sociedad con opinión favorable.

b) Que tal y como resulta del acta notarial, aunque en la junta de referencia se acordó el reparto de dividendo esto no llegó a materializarse por cuanto fue objeto de compensación con la deuda a que se refiere el apartado anterior. Que el acuerdo fue aprobado con su voto en contra y haciéndose constar su solicitud de reparto del total de los dividendos acordados.

c) Que el día 13 de enero de 2020 ejercitó su derecho de separación mediante comunicado dirigido a la sociedad que respondió en fecha 14 de febrero 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 solicitante, junto con sus hermanos, es socio de un conjunto de sociedades con las que mantiene distintos procedimientos judiciales, de cuya actuación resulta una estrategia de oposición para conseguir una ganancia ilícita a costa de las citadas sociedades. 2.º Que la instancia del socio omite que del acta notarial resulta que se acordó la distribución de un 25% por ciento de dividendo con cargo al beneficio, así como el calendario de pagos conforme al artículo 276 de la Ley de Sociedades de Capital. Que el artículo 348 bis regula el derecho de separación en caso de no reparto de dividendos, pero no cómo se hace efectivo dicho reparto. Que la instancia omite que la sociedad le contestó que se habían repartido dividendos. 3.º Que no se produce el supuesto de hecho del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital por cuanto, como queda dicho, la junta general acordó la distribución de un dividendo de un 25%, pero el solicitante acude al Registro Mercantil pretendiendo abordar otras cuestiones que podrían generarle costas judiciales como son la existencia o no de deudas de socios, existencia o no de un derecho de cesión de créditos, la procedencia de la compensación de créditos y, en definitiva, la existencia o no de un ilícito civil. Que tales cuestiones exceden del ámbito de conocimiento del registrador mercantil como resulta de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 7 de octubre de 2019. 4.º Que la sociedad ha compensado el pago de dividendo con la deuda que ostenta contra los socios. Que el socio no discute la existencia de la deuda y que constan reflejadas en la contabilidad social de cada ejercicio. 5.º Que lo mismo ha ocurrido en otra sociedad de los hermanos sin que el solicitante se opusiera o impugnara el acuerdo.

III

El registrador mercantil de Madrid núm. 5, don Mariano Rajoy Brey dictó resolución en fecha 27 de julio de 2020 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 353 de la Ley de Sociedades de Capital. El registrador, en esencia, afirma en su resolución que el solicitante no discute que existió un acuerdo de distribución de dividendo y que su afirmación de que la compensación que de

los mismos se llevó a cabo desborda el objeto del procedimiento, limitado a determinar si concurren o no los requisitos legalmente previstos para que proceda el derecho de separación con el fin de designar un experto independiente.

Del expediente resulta que dicha resolución fue notificada al interesado en fecha 11 de agosto de 2020.

IV

Don L.S.D., por escrito de fecha 14 de septiembre de 2020, que tuvo entrada el en el Registro Mercantil de Madrid en el mismo día, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a, resumidamente, los siguientes argumentos: 1.º Que en fecha 12 de agosto le fue notificada la resolución del registrador mercantil de Madrid por la que se rechazaba su solicitud de designación de experto independiente. 2.º Que en la junta celebrada el día 13 de diciembre de 2019 se celebró la junta general de la sociedad en la que se aprobó el reparto de determinada cantidad en concepto de dividendo. Que el presidente de la junta inmediatamente después afirmo la existencia de una deuda vencida, líquida y exigible de cada uno de los socios hacia la sociedad por lo que anuncia la compensación con el dividendo acordado, dividendo que no llegó a materializarse en consecuencia. Que el acuerdo fue aprobado con su voto en contra. 3.º Que en fecha 31 de julio de 2017 la junta general de la sociedad Delgado de Madrid S.L. adoptó determinado acuerdo relativo a la determinación de deuda de los socios hacia la sociedad y del modo de satisfacerlo, acuerdo que se adoptó con su voto en contra y que ha sido impugnado judicialmente, como se acredita. Que dicha deuda creada a favor de dicha sociedad fue transferida a favor de otra serie de sociedades entre las que se encuentra Delgado Asturias S.L. 4.º Que en el supuesto de hecho no se discute que se acordara por la junta general el reparto de dividendo sino si efectivamente se llevó a cabo. Que esto es así porque se utilizó una deuda artificiosamente creada e impuesta al solicitante para privarle del derecho a separarse de la sociedad. Que dicha acción es un flagrante fraude de ley en los términos que es recogido en el artículo 7 del Código Civil. Que del relato de los hechos resulta el conjunto de requisitos para apreciar que el pago del dividendo se llevó a cabo 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; 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 de 21 de febrero y 23 de noviembre de 2001, 4 de julio de 2007 y 18 de diciembre de 2008, así como las sentencias 32/2006, de 23 de enero y 63/2011, de 28 de febrero; y las resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública 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, 11 de junio, 2, 4 y 23 de octubre, 6, 14, 22, 23, 26 y 28 de noviembre y 17 y 18 de diciembre de 2018 y 14 y 21 (primera y segunda) de febrero, 7, 26 (primera, segunda y tercera), 28 (primera y segunda), y 29 de marzo, 15 y 22 (primera, segunda y tercera), de abril, 10 (tercera y quinta), y 16 (primera, segunda y tercera), de mayo y 6 (tercera y sexta) y 26 (quinta y sexta), de junio, 12 de septiembre (primera y segunda), 26 de noviembre, 3 de diciembre (segunda), 12 de diciembre (primera) y 23 de diciembre (segunda) de 2019, 3 de enero (primera, segunda y tercera), 14 de enero (primera y segunda), 13 de febrero (segunda y tercera), 26 de febrero (primera, segunda, tercera y cuarta), y 12 de marzo de 2020.

1. Aprobado por la junta general de una sociedad de responsabilidad limitada el acuerdo de aplicación de resultado correspondiente al ejercicio 2018, incluyendo el reparto de dividendo, un socio que ha votado en contra notifica a la sociedad el ejercicio de su derecho de separación amparándose en que la misma junta general aprobó, con carácter inmediato y con su voto en contra, compensar el pago del dividendo con la deuda que cada uno de los socios debe a la sociedad.

El registrador mercantil desestima la solicitud por entender que la determinación de si el dividendo aprobado por la junta general consta efectivamente satisfecho o no cae fuera del ámbito del objeto del expediente de designación de experto independiente, limitado a determinar si concurren o no los requisitos para que proceda el nombramiento. El interesado recurre en los términos que resultan de los hechos.

2. Como resulta de los escritos de solicitud y de recurso el solicitante no niega que la junta general aprobara en su reunión de fecha 13 de diciembre de 2019 el reparto de dividendo correspondiente al ejercicio 2018 en términos que impidan el nacimiento del derecho de separación contemplado en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. Lo que afirma es que, pese a aprobarse el dividendo este no se ha satisfecho efectivamente a los socios al ser compensado con determinada deuda que, por importe idéntico, ostentaba la sociedad frente a cada uno de aquellos, deuda que, afirma, ha sido artificiosamente creada, se aprobó en determinada junta con su voto en contra y cuyo acuerdo de aprobación resulta impugnado ante la jurisdicción ordinaria, como acredita.

Para la debida resolución del expediente es preciso tener en cuenta dos cuestiones que han sido objeto de un reiterado análisis por parte de esta Dirección General y que son traídas a colación tanto por el instante como por la sociedad: la competencia del registrador en el ámbito del procedimiento para la designación de experto independiente y el objeto de tal procedimiento.

En relación a la primera cuestión, esta Dirección General tiene declarado (*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» (art. 16.2 del Código de Comercio), funciones distintas de las relativas a la inscripción de los empresarios y sus actos. Si ésta última 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 o improcedencia del nombramiento solicitado no tiene el carácter de calificación registral, sino que es un acuerdo adoptado por quien en este procedimiento regulado en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil es la autoridad pública competente para resolver la solicitud (resoluciones de 13 de enero de 2011 y 10 de julio de 2013). En definitiva, y como ha mantenido reiteradamente esta Dirección General, la actuación del registrador viene amparada por la atribución competencial que lleva a cabo 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 sin perjuicio de la revisión jurisdiccional del acto administrativo que del procedimiento resulte.

En suma, el registrador tiene atribuida la competencia legal para determinar si concurren los requisitos legalmente exigibles para ejercerla, ya se trate de la designación de un experto para la valoración del crédito de liquidación de un usufructo (art. 128 de la Ley de Sociedades de Capital), ya de la designación de un experto para la determinación del valor razonable de las acciones o participaciones de un socio separado o excluido (art. 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 (arts. 169 y 171), ya para reducir el capital social (arts. 139 y 141 de la Ley). En estos y otros supuestos como es el del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, 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 Seguridad Jurídica y Fe Pública o de la oportuna impugnación ante los Tribunales de Justicia, al carecer las resoluciones administrativas del efecto de cosa juzgada (art. 114 de la Ley 39/2015, de 1 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* art. 353 de la Ley de Sociedades de Capital), por el procedimiento establecido (art. 363 del Reglamento del Registro Mercantil), y sin perjuicio del régimen de recursos previsto en el ordenamiento. En ningún caso el registrador ha resuelto una contienda entre particulares pues se ha limitado, como autoridad, a verificar si concurren o no los requisitos establecidos legalmente para la designación de persona que deba llevar a cabo la previsión legal de valoración de las participaciones y sin perjuicio del ejercicio de las acciones que los interesados entiendan procedentes en defensa de su derecho (*vide* resoluciones de 20 de enero de 2011 y 4 de febrero de 2013).

Esta Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública no desconoce la existencia de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Murcia de fecha 18 de mayo de 2017 que afirma lo contrario, como la del Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Barcelona de fecha 1 de marzo de 2018, resoluciones que han sido revocadas por las respectivas Audiencias.

La Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.ª, en su sentencia 198/2018 de 28 de marzo, afirma 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…»

En términos similares la Sentencia 1745/2019 de 7 octubre de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.ª): «La función del registrador no puede alcanzar al fondo, esto es, a si se ha ejercitado o no correctamente por los socios el derecho de separación del art. 348-bis LSC (RCL 2010, 1792, 2400) sino que se ha de limitar a si concurren los presupuestos para que proceda el nombramiento de experto independiente, lo que no es exactamente lo mismo. Es cierto que constatar si concurren los presupuestos para que proceda el nombramiento de experto puede exigir que el registrador analice si existía realmente el derecho de separación invocado y si aparece formalmente ejercitado de forma adecuada, si bien se trata de un examen puramente formal, tal y como afirma en su recurso el Abogado del Estado. Así creemos que debe deducirse del artículo 354.2 RRM (RCL 1996, 2112) cuando dispone que la sociedad puede oponerse en el expediente alegando que no procede el nombramiento o si niega la legitimación del solicitante. 9. Esa oposición de la sociedad no puede ir más allá de los aspectos puramente formales que pueden justificar el nombramiento, sin extenderse a las cuestiones sustantivas, esto es, a negar que proceda el derecho de separación por razones de fondo…10. En suma, el objeto de este proceso se encuentra exclusivamente en determinar si el Registro Mercantil actuó correctamente cuando resolvió el expediente registral y nombró experto independiente, no en determinar si los socios ejercitaron correctamente el derecho de separación. Y lo que debemos determinar es si la oposición de la sociedad debe determinar que el Registro se abstenga de resolver el expediente, como parece haber entendido la resolución recurrida. En nuestra opinión, tajantemente no. Si a algo se aproxima la naturaleza de estos expedientes registrales es precisamente a los negocios de jurisdicción voluntaria en los que la oposición nunca (desde la entrada en vigor de la Ley 15/2015, de 2 de julio (RCL 2015, 1016), de Jurisdicción Voluntaria) determina la finalización del procedimiento (art. 17.3 LJV (RCL 2015, 1016, 1354)). Por tanto, el Registrador debía resolver acerca de si procedía nombrar experto, no sobre si existía o no derecho de separación bien ejercitado, y también a eso debemos limitar nosotros el enjuiciamiento.»

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 (vgr. 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 Seguridad Jurídica y Fe Pública 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).

En definitiva, el registrador es competente para, en el curso del procedimiento para determinar la procedencia de designación de experto independiente al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital, determinar si concurren o no los requisitos previstos en el ordenamiento para el ejercicio del derecho de separación al amparo de la previsión del artículo 348 bis de la propia ley; competencia que sólo se suspende si se acredita en el curso del procedimiento que alguna de las partes ha acudido a la jurisdicción voluntaria en impugnación del acuerdo en virtud del cual nace el derecho de separación, lo que no resulta en el presente expediente ya que la impugnación alegada por el solicitante se refiere a unos acuerdos anteriores a los que dan lugar a la presente y que se refieren, no a la aplicación del resultado del ejercicio 2018, si no al reconocimiento de determinadas deudas de los socios frente a la sociedad lo que nos lleva a la siguiente cuestión relativa al objeto del procedimiento.

4. 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, la pertinencia de nombramiento de un experto independiente que determine el valor razonable de las acciones o participaciones sociales.

Las distintas alegaciones que lleva a cabo el solicitante y recurrente y que se refieren a cuestiones de fondo (existencia de la deuda compensada y fraude de ley en la aplicación del instituto de la compensación), exigen llevar a cabo un pronunciamiento expreso sobre lo que constituye el objeto del expediente administrativo de designación de experto independiente cuya regulación, que se encuentra en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, refleja lo limitado del conocimiento del registrador durante su tramitación y de esta Dirección General en instancia. Con carácter expreso establece el artículo 363.1del 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 así por lo estrecho de su ámbito de conocimiento, limitado a la verificación de que concurren los requisitos exigidos por la Ley, y de sus medios de conocimiento.

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 y que se refiera a cuestiones ajenas al hecho de si resultan o no acreditados los requisitos legales, 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.

En definitiva, si el interesado considera que de las circunstancias que estima relevantes o de la conducta de la sociedad 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.

5. Establecido lo anterior resulta ya inevitable afirmar que el registrador no puede, ni esta Dirección General en alzada, resolver sobre la mala fe de una de las partes del procedimiento, ni sobre el ejercicio abusivo de un derecho ni sobre la concurrencia de fraude de ley.

Es doctrina muy consolidada de esta Dirección que siendo indiscutible que nuestro ordenamiento jurídico no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo pues el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización de buena fe (art. 7 del Código Civil), también lo es que la apreciación de tales circunstancias resulta imposible en 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 o impertinencia 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 (art. 117 de la constitución Española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de

julio, del Poder Judicial y resoluciones de esta Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública 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, entre otras muchas).

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid núm. 5, don Mariano Rajoy Brey de fecha 27 de julio de 2020.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 25 de noviembre de 2020 (4.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 25 de noviembre de 2020 (5.ª)

En el expediente 80/2020 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Delgado Madrid, S.L.»

HECHOS

I

Don L.S.D. presenta un escrito de fecha 11 de marzo de 2020, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que solicita, 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 ostenta en la sociedad Delgado Madrid S.L., como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación al amparo del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

Fundamenta su solicitud en los siguientes extremos de acuerdo a la documentación que se acompaña:

a) Que la sociedad celebró junta general ordinaria el día 13 de diciembre de 2019 como resulta del acta notarial autorizada por la notaria de Madrid doña Blanca Valenzuela Fernández el mismo día de la celebración de la junta general. De copia de la citada acta y de su diligencia, también de la misma fecha, resulta que, una vez constituida la junta con la presencia de la totalidad del capital social y previa la declaración del presidente al respecto se entró en el orden del día. El segundo punto de este se refiere a la «Presentación y aprobación, en su caso, de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio terminado el 31 de diciembre de 2018 y aplicación del resultado de dicho ejercicio…» El representante del hoy solicitante hace diversas preguntas y consideraciones en relación al mismo; específicamente que considera que la propuesta de compensar el dividendo propuesto con deudas de socios constituye un fraude de ley al artículo 348 bis anunciando el ejercicio del derecho de separación para el caso de aprobarse la propuesta como finalmente ocurre.

La propuesta de aplicación del resultado se aprueba por cinco de los seis socios que integran el capital social con el voto en contra del representante del hoy solicitante.

Del contenido del acta resulta igualmente el informe de auditoría de las cuentas anuales de la sociedad con opinión favorable.

b) Que tal y como resulta del acta notarial, aunque en la junta de referencia se acordó el reparto de dividendo esto no llegó a materializarse por cuanto fue objeto de compensación con la deuda a que se refiere el apartado anterior. Que el acuerdo fue aprobado con su voto en contra y haciéndose constar su solicitud de reparto del total de los dividendos acordados.

c) Que el día 13 de enero de 2020 ejercitó su derecho de separación mediante comunicado dirigido a la sociedad que respondió en fecha 14 de febrero 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 solicitante, junto con sus hermanos, es socio de un conjunto de sociedades con las que mantiene distintos procedimientos judiciales, de cuya actuación resulta una estrategia de oposición para conseguir una ganancia ilícita a costa de las citadas sociedades. 2.º Que la instancia del socio omite que del acta notarial resulta que se acordó la distribución de un 25% por ciento de dividendo con cargo al beneficio. Que el artículo 348 bis regula el derecho de separación en caso de no reparto de dividendos, pero no cómo se hace efectivo dicho reparto. Que la instancia omite que la sociedad le contestó que se habían repartido dividendos. 3.º Que no se produce el supuesto de hecho del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital por cuanto, como queda dicho, la junta general acordó la distribución de un dividendo de un 25%, pero el solicitante acude al Registro Mercantil pretendiendo abordar otras cuestiones que podrían generarle costas judiciales como son la existencia o no de deudas de socios, la procedencia de la compensación de créditos y, en definitiva, la existencia o no de un ilícito civil. Que tales cuestiones exceden del ámbito de conocimiento del registrador mercantil como resulta de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 7 de octubre de 2019. 4.º Que la sociedad ha compensado el pago de dividendo con la deuda que ostenta contra los socios y ha satisfecho las retenciones correspondientes a la Hacienda Pública. Que el socio no discute la existencia de la deuda y que constan reflejadas en la contabilidad social de cada ejercicio. 5.º Que lo mismo ha ocurrido en otra sociedad de los hermanos sin que el solicitante se opusiera o impugnara el acuerdo.

III

El registrador mercantil de Madrid núm. 5, don Mariano Rajoy Brey dictó resolución en fecha 27 de julio de 2020 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 353 de la Ley de Sociedades de Capital. El registrador, en esencia, afirma en su resolución que el solicitante no discute que existió un acuerdo de distribución de dividendo y que su afirmación de que la compensación que de los mismos se llevó a cabo desborda el objeto del procedimiento, limitado a determinar si concurren o no los requisitos legalmente previstos para que proceda el derecho de separación con el fin de designar un experto independiente.

Del expediente resulta que dicha resolución fue notificada al interesado en fecha 11 de agosto de 2020.

IV

Don L.S.D., por escrito de fecha 14 de septiembre de 2020, que tuvo entrada el en el Registro Mercantil de Madrid en el mismo día, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a, resumidamente, los siguientes argumentos: 1.º Que en fecha 12 de agosto le fue notificada la resolución del registrador mercantil de Madrid por la que se rechazaba su solicitud de designación de experto independiente. 2.º Que en la junta celebrada el día 13 de diciembre de 2019 se celebró la junta general de la sociedad en la que se aprobó el reparto de determinada cantidad en concepto de dividendo. Que el presidente de la junta inmediatamente después afirmo la existencia de una deuda vencida, líquida y exigible de cada uno de los socios hacia la sociedad por lo que anuncia la compensación con el dividendo acordado, dividendo que no llegó a materializarse en consecuencia. Que el acuerdo fue aprobado con su voto en contra. 3.º Que en fecha 31 de julio de 2017 la junta general de la sociedad Delgado de Madrid S.L. adoptó determinado acuerdo relativo a la determinación de deuda de los socios hacia la sociedad y del modo de satisfacerlo, acuerdo que se adoptó con su voto en contra y que ha sido impugnado judicialmente, como se acredita. Que dicha deuda creada a favor de dicha sociedad fue transferida a favor de otra serie de sociedades entre las que se encuentra Delgado Madrid S.L. 4.º Que en el supuesto de hecho no se discute que se acordara por la junta general el reparto de dividendo sino si efectivamente se llevó a cabo. Que esto es así porque se utilizó una deuda artificiosamente creada e impuesta al solicitante para privarle del derecho a separarse de la sociedad. Que dicha acción es un flagrante fraude de ley en los términos que es recogido en el artículo 7 del Código Civil. Que del relato de los hechos resulta el conjunto de requisitos para apreciar que el pago del dividendo se llevó a cabo 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; 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 Mer-

cantil; las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de febrero y 23 de noviembre de 2001, 4 de julio de 2007 y 18 de diciembre de 2008, así como las sentencias 32/2006, de 23 de enero y 63/2011, de 28 de febrero; y las resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública 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, 11 de junio, 2, 4 y 23 de octubre, 6, 14, 22, 23, 26 y 28 de noviembre y 17 y 18 de diciembre de 2018 y 14 y 21 (primera y segunda) de febrero, 7, 26 (primera, segunda y tercera), 28 (primera y segunda), y 29 de marzo, 15 y 22 (primera, segunda y tercera), de abril, 10 (tercera y quinta), y 16 (primera, segunda y tercera), de mayo y 6 (tercera y sexta) y 26 (quinta y sexta), de junio, 12 de septiembre (primera y segunda), 26 de noviembre, 3 de diciembre (segunda), 12 de diciembre (primera) y 23 de diciembre (segunda) de 2019, 3 de enero (primera, segunda y tercera), 14 de enero (primera y segunda), 13 de febrero (segunda y tercera), 26 de febrero (primera, segunda, tercera y cuarta), y 12 de marzo de 2020.

1. Aprobado por la junta general de una sociedad de responsabilidad limitada el acuerdo de aplicación de resultado correspondiente al ejercicio 2018, incluyendo el reparto de dividendo, un socio que ha votado en contra notifica a la sociedad el ejercicio de su derecho de separación amparándose en que la misma junta general aprobó, con carácter inmediato y con su voto en contra, compensar el pago del dividendo con la deuda que cada uno de los socios debe a la sociedad.

El registrador mercantil desestima la solicitud por entender que la determinación de si el dividendo aprobado por la junta general consta efectivamente satisfecho o no cae fuera del ámbito del objeto del expediente de designación de experto independiente, limitado a determinar si concurren o no los requisitos para que proceda el nombramiento. El interesado recurre en los términos que resultan de los hechos.

2. Como resulta de los escritos de solicitud y de recurso el solicitante no niega que la junta general aprobara en su reunión de fecha 13 de diciembre de 2019 el reparto de dividendo correspondiente al ejercicio 2018 en términos que impidan el nacimiento del derecho de separación contemplado en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. Lo que afirma es que, pese a aprobarse el dividendo este no se ha satisfecho efectivamente a los socios al ser compensado con determinada deuda que, por importe idéntico, ostentaba la sociedad frente a cada uno de aquellos, deuda que, afirma, ha sido artificiosamente creada, se aprobó en determinada junta con su voto en contra y cuyo acuerdo de aprobación resulta impugnado ante la jurisdicción ordinaria, como acredita.

Para la debida resolución del expediente es preciso tener en cuenta dos cuestiones que han sido objeto de un reiterado análisis por parte de esta Direc-

ción General y que son traídas a colación tanto por el instante como por la sociedad: la competencia del registrador en el ámbito del procedimiento para la designación de experto independiente y el objeto de tal procedimiento.

En relación a la primera cuestión, esta Dirección General tiene declarado (*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*» (art. 16.2 del Código de Comercio), funciones distintas de las relativas a la inscripción de los empresarios y sus actos. Si ésta última 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 o improcedencia del nombramiento solicitado no tiene el carácter de calificación registral, sino que es un acuerdo adoptado por quien en este procedimiento regulado en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil es la autoridad pública competente para resolver la solicitud (resoluciones de 13 de enero de 2011 y 10 de julio de 2013). En definitiva, y como ha mantenido reiteradamente esta Dirección General, la actuación del registrador viene amparada por la atribución competencial que lleva a cabo 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 sin perjuicio de la revisión jurisdiccional del acto administrativo que del procedimiento resulte.

En suma, el registrador tiene atribuida la competencia legal para determinar si concurren los requisitos legalmente exigibles para ejercerla, ya se trate de la designación de un experto para la valoración del crédito de liquidación de un usufructo (art. 128 de la Ley de Sociedades de Capital), ya de la designación de un experto para la determinación del valor razonable de las acciones o participaciones de un socio separado o excluido (art. 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 (arts. 169 y 171), ya para reducir el capital social (arts. 139 y 141 de la Ley). En estos y otros supuestos como es el del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, 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 Seguridad Jurídica y Fe Pública o de la oportuna impugnación ante los Tribunales de Justicia, al carecer las resoluciones administrativas del efecto de cosa juzgada (art. 114 de la Ley 39/2015, de 1 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* art. 353 de la Ley de Sociedades de Capital), por el procedimiento establecido (art. 363 del Reglamento del Registro Mercantil), y sin perjuicio del régimen de recursos previsto en el ordenamiento. En ningún caso el registrador ha resuelto una contienda entre particulares pues se ha limitado, como autoridad, a verificar si concurren o no los requisitos establecidos legalmente para la designación de persona que deba llevar a cabo la previsión legal de valoración de las participaciones y sin perjuicio del ejercicio de las acciones que los interesados entiendan procedentes en defensa de su derecho (*vide* resoluciones de 20 de enero de 2011 y 4 de febrero de 2013).

Esta Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública no desconoce la existencia de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Murcia de fecha 18 de mayo de 2017 que afirma lo contrario, como la del Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Barcelona de fecha 1 de marzo de 2018, resoluciones que han sido revocadas por las respectivas Audiencias.

La Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.ª, en su sentencia 198/2018 de 28 de marzo, afirma lo siguiente: «La discrepancia sobre los presupuestos del artículo 348bis de la Ley de Sociedades de Capital no priva de competen-

cia 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 348 bis 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 términos similares la Sentencia 1745/2019 de 7 octubre de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.ª): «La función del registrador no puede alcanzar al fondo, esto es, a si se ha ejercitado o no correctamente por los socios el derecho de separación del art. 348-bis LSC (RCL 2010, 1792, 2400) sino que se ha de limitar a si concurren los presupuestos para que proceda el nombramiento de experto independiente, lo que no es exactamente lo mismo. Es cierto que constatar si concurren los presupuestos para que proceda el nombramiento de experto puede exigir que el registrador analice si existía realmente el derecho de separación invocado y si aparece formalmente ejercitado de forma adecuada, si bien se trata de un examen puramente formal, tal y como afirma en su recurso el Abogado del Estado. Así creemos que debe deducirse del art. 354.2 RRM (RCL 1996, 2112) cuando dispone que la sociedad puede oponerse en el expediente alegando que no procede el nombramiento o si niega la legitimación del solicitante. 9. Esa oposición de la sociedad no puede ir más allá de los aspectos puramente formales que pueden justificar el nombramiento, sin extenderse a las cuestiones sustantivas, esto es, a negar que proceda el derecho de separación por razones de fondo…10. En suma, el objeto de este proceso se encuentra exclusivamente en determinar si el Registro Mercantil actuó correctamente cuando resolvió el expediente registral y nombró experto independiente, no en determinar si los socios ejercitaron correctamente el derecho de separación. Y lo que debemos determinar es si la oposición de la sociedad debe determinar que el Registro se abstenga de resolver el expediente, como parece haber entendido la resolución recurrida. En nuestra opinión, tajantemente no. Si a algo se aproxima la naturaleza de estos expedientes registrales es precisamente a los negocios de jurisdicción

voluntaria en los que la oposición nunca (desde la entrada en vigor de la Ley 15/2015, de 2 de julio (RCL 2015, 1016), de Jurisdicción Voluntaria) determina la finalización del procedimiento (art. 17.3 LJV (RCL 2015, 1016, 1354)). Por tanto, el Registrador debía resolver acerca de si procedía nombrar experto, no sobre si existía o no derecho de separación bien ejercitado, y también a eso debemos limitar nosotros el enjuiciamiento.»

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. 348 bis 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 (vgr. 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 Seguridad Jurídica y Fe Pública 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).

En definitiva, el registrador es competente para, en el curso del procedimiento para determinar la procedencia de designación de experto independiente al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital, determinar si concurren o no los requisitos previstos en el ordenamiento para el ejercicio del derecho de separación al amparo de la previsión del artículo 348 bis de la propia ley; competencia que sólo se suspende si se acredita en el curso del procedimiento que alguna de las partes ha acudido a la jurisdicción voluntaria en impugnación del acuerdo en virtud del cual nace el derecho de separación, lo que no resulta en el presente expediente ya que la impugnación alegada por el solicitante se refiere a unos acuerdos anteriores a los que dan lugar a la presente y que se refieren, no a la aplicación del resultado del ejercicio 2018, si no al reconocimiento de determinadas deudas de los socios frente a la sociedad lo que nos lleva a la siguiente cuestión relativa al objeto del procedimiento.

4. 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, la pertinencia de nombramiento de un experto independiente que determine el valor razonable de las acciones o participaciones sociales.

Las distintas alegaciones que lleva a cabo el solicitante y recurrente y que se refieren a cuestiones de fondo (existencia de la deuda compensada y fraude de ley en la aplicación del instituto de la compensación), exigen llevar a cabo un pronunciamiento expreso sobre lo que constituye el objeto del expediente administrativo de designación de experto independiente cuya regulación, que se encuentra en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, refleja lo limitado del conocimiento del registrador durante su tra-

mitación y de esta Dirección General en instancia. Con carácter expreso establece el artículo 363.1del 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 así por lo estrecho de su ámbito de conocimiento, limitado a la verificación de que concurren los requisitos exigidos por la Ley, y de sus medios de conocimiento.

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 y que se refiera a cuestiones ajenas al hecho de si resultan o no acreditados los requisitos legales, 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.

En definitiva, si el interesado considera que de las circunstancias que estima relevantes o de la conducta de la sociedad 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.

5. Establecido lo anterior resulta ya inevitable afirmar que el registrador no puede, ni esta Dirección General en alzada, resolver sobre la mala fe de una de las partes del procedimiento, ni sobre el ejercicio abusivo de un derecho ni sobre la concurrencia de fraude de ley.

Es doctrina muy consolidada de esta Dirección que siendo indiscutible que nuestro ordenamiento jurídico no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo pues el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización de buena fe (art. 7 del Código Civil), también lo es que la apreciación de tales circunstancias resulta imposible en 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 o impertinencia 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 (art. 117 de la constitución Española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y resoluciones de esta Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública 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, entre otras muchas).

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid núm. 5, don Mariano Rajoy Brey de fecha 27 de julio de 2020.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 25 de noviembre de 2020 (5.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 25 de noviembre de 2020 (6.ª)

En el expediente 94/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Abastecimientos Energéticos, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….., en representación de «Alcox Soluciones, S.A. (antes «Ibercom Iberica de Componentes. S.A.»), presentó escrito dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su

entrada el día 30 de julio de 2020, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Abastecimientos Energéticos, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

II

Por el registro mercantil de Madrid se dio traslado de la anterior solicitud a la mercantil por resolución de fecha 4 de agosto de 2020, para que, en caso de considerarlo oportuno, ejercitara su derecho de oposición conforme al artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil. Asimismo, con fecha 21 de agosto de 2020 se requiere al solicitante para que acompañase documentación acreditativa de la condición de socio que afirmaba ostentar y a la que se opuso la sociedad afectada.

III

La sociedad se opuso a la pretensión del socio por medio de escrito que tuvo su entrada en el Registro Mercantil el día 4 de septiembre de 2020, suscrito por doña ….., en nombre y representación de la mercantil, alegando, en esencia, falta de legitimación del solicitante, al no ser socio de «Abastecimientos Energéticos, S.L.», solicitud extemporánea y carecer de objeto al haberse emitido ya informe de auditoría para las cuentas anuales del 2019, informe que acompañaba al escrito de oposición.

El mismo día 4 de septiembre de 2020 tuvo entrada en el Registro Mercantil escrito suscrito por doña ….., en representación de «Alcox Soluciones, S.A., como apoderada de la misma, a los efectos de tener por acreditada, en virtud de las manifestaciones expresadas, la condición de socia de su representada.

IV

El registrador mercantil de Madrid XIX, don Enrique Mariscal Gragera, dictó resolución de fecha 14 de septiembre de 2020, por la que, considerando acreditado que la sociedad afectada es una sociedad unipersonal y existiendo un informe de auditoría que se ha incorporado al expediente, resuelve desestimar la solicitud efectuada por doña ….., en representación de «Alcox Soluciones, S.A. (antes «Ibercom Iberica de Componentes. S.A.»).

V

Doña ….., en representación de «Alcox Soluciones, S.A., mediante escrito de fecha 20 de octubre de 2020, que tuvo su entrada en el Registro Mercantil el mismo día 20 de octubre, interpuso recurso contra dicha resolución de 14 de septiembre de 2020, reiterando, en esencia, los argumentos de su escrito de oposición, añadiendo otros como el de infracción del principio de contradicción en la resolución recurrida e infracciones en el informe de auditoría aportado.

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, es preciso señalar que el objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que, en este caso, 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 un socio que reúna al menos el 5% del capital en la sociedad en cuestión. Así, el artículo citado dispone que «en las sociedades que no estén obligadas a someter las cuentas anuales a verificación por un auditor, los socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social podrán solicitar del registrador mercantil del domicilio social que, con cargo a la sociedad, nombre un auditor de cuentas para que efectúe la revisión de las cuentas anuales de un determinado ejercicio siempre que no hubieran transcurrido tres meses a contar desde la fecha de cierre de dicho ejercicio». Por tanto, la competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones o conflictos entre los socios e interesados, que se desprenden de los escritos de alegaciones y recurso y que, por su naturaleza, compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la constitución española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

2. En cuanto al fondo del 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 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 auditoria 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; circunstancia esta de aportación del informe al expediente que resulta acreditada como se desprende del antecedente de hecho VII, como consecuencia de su remisión por el Registro Mercantil a esta Dirección General.

3. En el presente expediente resulta por un lado que el socio presenta su solicitud en el registro mercantil con fecha 30 de julio de 2020 y, por otro, que la sociedad manifiesta en su escrito de oposición haberse emitido ya informe de auditoría para las cuentas anuales del 2019, informe que acompañaba al escrito de oposición en cuestión; resulta pues del expediente tramitado ante esta Dirección General haberse cumplido una de las tres circunstancias más arriba dichas que enervan la procedencia de designación de auditor por el registrador mercantil al encontrarse en esos casos suficientemente protegido el interés del socio solicitante, en concreto, en este caso, la aportación del informe al expediente que nos ocupa.

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 la posterior aportación al expediente del informe de verificación o la justificación de que se ha entregado al socio solicitante enervan la procedencia de designación de auditor por el registrador mercantil, lo cual resulta acreditado en el expediente tramitado ante esta Dirección General, como ya se ha expresado. 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 cualesquiera otras cuestiones, reservadas, en su caso, al correspondiente procedimiento judicial.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid XIX, don Enrique Mariscal Gragera, de fecha 14 de septiembre de 2020, por la que, considerando acreditado que la sociedad afectada es una sociedad unipersonal y existiendo un informe de auditoría incorporado al expediente, resuelve desestimar

la solicitud efectuada por doña ….., en representación de «Alcox Soluciones, S.A. (antes «Ibercom Iberica de Componentes, S.A.»), todo ello 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 pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 25 de noviembre de 2020 (6.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 2 de diciembre de 2020 (1.ª)

En el expediente 95/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Feeling Woman, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 13 de febrero de 2020 dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, en el que tuvo su entrada el día 24 del mismo mes y año, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Feeling Woman, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

II

Por el registro mercantil de Barcelona se dio traslado de la anterior solicitud a la mercantil, para que, en caso de considerarlo oportuno, ejercitara su derecho de oposición conforme al artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil.

III

La sociedad se opuso a la pretensión del socio por medio de escrito que tuvo su entrada en el Registro Mercantil el día 10 de marzo de 2020 suscrito por doña ….., en su condición de administradora única de la mercantil, alegando, en esencia:

1.º Ser el solicitante socio de la mercantil en cuestión titular de participaciones que representan el 44,52% del capital social.

2.º No estar obligada la sociedad a someter sus cuentas anuales a verificación.

3.º Reelección por un año más, es decir, para la auditoría de las cuentas anuales del ejercicio 2019 a don ….. como auditor titular y a doña ….. como suplente para el ejercicio 2019.

Con su escrito de oposición acompañaba el interesado los documentos que estimó pertinentes.

IV

El registrador mercantil de Barcelona V, don Jesús Santos y Ruíz de Eguílaz, dictó resolución de fecha 4 de septiembre de 2020, por la que, resuelve no admitir la oposición interpuesta y que procede el nombramiento de auditor solicitado, fundamentalmente, porque la documentación de los nombramientos de auditor en cuestión, si bien fue presentada en el registro mercantil para su inscripción fue calificada con defectos subsanables, sin ser subsanados éstos dentro del plazo de vigencia del asiento de presentación, habiendo caducado el mismo; ni se ha garantizado ineludiblemente la existencia de auditoría por ninguno de los medios legales.

V

Doña ….., en su condición de administradora única de la mercantil en representación de «Feeling Woman, S.L.», mediante escrito de fecha 15 de octubre de 2020, que tuvo su entrada en el Registro Mercantil el mismo día 15 de octubre, interpuso recurso contra dicha resolución de 4 de septiembre de 2020, reiterando, en esencia, los argumentos de su escrito de oposición, y acompañando al recurso copia del informe de auditoría correspondiente al ejercicio 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, 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, es preciso señalar que el objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que, en este caso, 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 un socio que reúna al menos el 5% del capital en la sociedad en cuestión. Así, el artículo citado dispone que «en las sociedades que no estén obligadas a someter las cuentas anuales a verificación por un auditor, los socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social podrán solicitar del registrador mercantil del domicilio social que, con cargo a la sociedad, nombre un auditor de cuentas para que efectúe la revisión de las cuentas anuales de un determinado ejercicio siempre que no hubieran transcurrido tres meses a contar desde la fecha de cierre de dicho ejercicio». Por tanto, la competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones o conflictos entre los socios e interesados, que se desprenden de los escritos de alegaciones y recurso y que, por su naturaleza, compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la constitución española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

2. En cuanto al fondo del 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 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; circunstancia esta de aportación del informe al expediente que resulta acreditada como se desprende del antecedente de hecho V, como consecuencia de su remisión a esta Dirección General junto con el escrito de recurso.

3. En el presente expediente resulta por un lado que el socio presenta su solicitud en el registro mercantil con fecha 1 de febrero de 2020 y, por otro, que la sociedad manifiesta en sede de recurso haberse emitido ya informe de auditoría para las cuentas anuales del 2019, copia del informe que acompaña al escrito de recurso en cuestión; resulta pues del expediente tramitado ante esta Dirección General haberse cumplido una de las tres circunstancias más arriba dichas que enervan la procedencia de designación de auditor por el registrador mercantil al encontrarse en esos casos suficientemente protegido el interés del socio solicitante, en concreto, en este caso, la aportación del informe al expediente que nos ocupa.

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 ha de prosperar ya que la posterior aportación al expediente del informe de verificación o la justificación de que se ha entregado al socio solicitante enervan la procedencia de designación de auditor por el registrador mercantil, lo cual resulta acreditado en el expediente tramitado ante esta Dirección General, como ya se ha expresado. 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 cualesquiera otras cuestiones, reservadas, en su caso, al correspondiente procedimiento judicial.

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Barcelona V, don Jesús Santos y Ruíz de Eguílaz, de fecha 4 de septiembre de 2020, por la que resolvía no admitir la oposición interpuesta y que procedía el nombramiento de auditor solicitado, dado que ha quedado acreditado con posterioridad la aportación al expediente del informe de auditoría, todo ello 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 pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales,

Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 2 de diciembre de 2020 (1.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 2 de diciembre de 2020 (2.ª)

En el expediente 104/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de socio de «Laboratorios Pedro Perales, S.L.P.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 21 de agosto de 2020 dirigido al Registro Mercantil de Jaén, en el que tuvo su entrada el día 24 del mismo mes, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Laboratorios Pedro Perales, S.L.P.» (en concreto, manifiesta ser titular del 18,75% del capital social), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

II

Por oficio del Registro Mercantil de Jaén de fecha 26 de agosto de 2020 se da traslado a la sociedad de la solicitud presentada. La sociedad se opuso a la pretensión del socio por medio de escrito suscrito por don ….., en su condición de administrador único de la mercantil, que tuvo su entrada en el Registro Mercantil de Jaén el día 4 de septiembre alegando, en esencia, la extemporaneidad de la solicitud formulada por el socio minoritario, y el ánimo desleal en la solicitud al conocer la situación contable de la mercantil.

III

La registradora mercantil de Jaén, doña María Belén López Espada, dictó resolución de fecha 8 de septiembre de 2020, por la que acordó no admitir la oposición y estimar la soli-

citud de nombramiento de auditor presentada para la revisión de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

IV

Don ….., en nombre y representación de la sociedad, en su condición de administrador único de la mercantil, por escrito de fecha 3 de octubre de 2020, que tuvo su entrada el día 29 de octubre en el Registro Mercantil de Jaén, interpuso recurso contra dicha resolución, reiterando la extemporaneidad de la solicitud, así como «el ánimo desleal de perjudicar a la sociedad» por parte 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, 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. Como cuestión previa, es preciso señalar que el objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que, en este caso, 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 un socio que reúna al menos el 5% del capital en la sociedad en cuestión. Así, el artículo citado dispone que «en las sociedades que no estén obligadas a someter las cuentas anuales a verificación por un auditor, los socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social podrán solicitar del registrador mercantil del domicilio social que, con cargo a la sociedad, nombre un auditor de cuentas para que efectúe la revisión de las cuentas anuales de un determinado ejercicio siempre que no hubieran transcurrido tres meses a contar desde la fecha de cierre de dicho ejercicio». Por tanto, la competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones o conflictos entre los socios e interesados, que se desprenden de los escritos de alegaciones, recurso y documentos que se acompañan, que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la constitución española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

2. No puede estimarse el recurso interpuesto por ninguno de los motivos alegados por la sociedad. En primer lugar, respecto de la extemporaneidad de la solicitud hay que comenzar por recordar lo que disponen los artículos 253.1

y 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Así, el primero de los artículos citados establece que «los administradores de la sociedad están obligados a formular, en el plazo máximo de tres meses contados a partir del cierre del ejercicio social, las cuentas anuales, el informe de gestión, que incluirá, cuando proceda, el estado de información no financiera, y la propuesta de aplicación del resultado, así como, en su caso, las cuentas y el informe de gestión consolidados». Por su parte, el artículo 265.2 del Texto Refundido señalado dispone que «en las sociedades que no estén obligadas a someter las cuentas anuales a verificación por un auditor, los socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social podrán solicitar del registrador mercantil del domicilio social que, con cargo a la sociedad, nombre un auditor de cuentas para que efectúe la revisión de las cuentas anuales de un determinado ejercicio siempre que no hubieran transcurrido tres meses a contar desde la fecha de cierre de dicho ejercicio».

Por otro lado, por la Disposición final 8.ª del Real Decreto-Ley 19/2020, de 26 de mayo, se han modificado los apartados 3 y 5 del artículo 40 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, viniendo a establecer que la obligación de formular las cuentas anuales, ordinarias o abreviadas, individuales o consolidadas, en el plazo de tres meses a contar desde el cierre del ejercicio social queda suspendida hasta el 1 junio de 2020, reanudándose de nuevo por otros tres meses a contar desde esa fecha. En este sentido, la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública 5 de junio de 2020, citada en los vistos, señala que «…la nueva redacción del precepto fija un día concreto, el día 1 de junio de 2020, para el inicio del cómputo del plazo de tres meses para la formulación de las cuentas anuales correspondientes al último ejercicio cerrado por una sociedad de capital y fija el plazo de dos meses desde su transcurso para la aprobación de las cuentas anuales formuladas. Esta Dirección General considera que el plazo se computa en los mismos términos en que se computa el plazo previsto en la Ley de Sociedades de Capital para la formulación de las cuentas, para su aprobación por la junta general y para su depósito en el Registro Mercantil. Al igual que ocurre en el supuesto de cierre de ejercicio social en que el primer día para la formulación de las cuentas es el siguiente al último del mes correspondiente al fin del ejercicio, 1 de enero para las sociedades cuyo cierre se produce el 31 de diciembre de cada año, la norma a que se refiere la consulta fija el día 1 de junio de 2020 como día inicial para el cómputo del plazo de tres meses para la formulación de las cuentas, siendo el día final o dies ad quem, el día 31 de agosto de 2020. A los plazos restantes se les aplica la misma lógica, a salvo lo que se dirá para el cierre de la hoja social…». Continúa afirmando la Dirección General en la consulta en cuestión que «Esta es la interpretación más acorde con la legislación ordinaria y con la propia exposición de motivos del Real Decreto-Ley 19/2020, de 26 de mayo que se expresa en los siguientes términos: «Adicionalmente, se reduce de tres a dos meses el plazo para aprobar las cuentas

anuales desde la formulación, con lo que las empresas dispondrán antes de unas cuentas aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil y se armoniza dicho plazo para todas las sociedades, sean o no cotizadas, en modo tal que todas deberán tener las cuentas aprobadas dentro de los diez primeros meses del ejercicio.».

Estas mismas razones de interpretación acorde con la legislación citada y analogía -artículo 4.1 del Código Civil- llevan consigo que en el caso que nos ocupa, de solicitud efectuada conforme al artículo 265.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, se considere que el plazo de tres meses a contar desde el cierre del ejercicio social quede suspendido hasta el 1 junio de 2020 y que, en consecuencia, dicho plazo se inicie en tal fecha y concluya el 31 de agosto de 2020. Es más, la propia resolución de consulta llega a afirmar, como ya se ha expresado que «A los plazos restantes se les aplica la misma lógica, a salvo lo que se dirá para el cierre de la hoja social». En definitiva, suspendido el plazo en los términos expresados hasta el 1 de junio de 2020 y presentado el escrito de solicitud de nombramiento de auditor con fecha 24 de agosto, es evidente que se encuentra presentado el mismo tempestivamente.

3. En relación a la alegación de mala fe y el ánimo desleal por parte del socio solicitante para perjudicar a la sociedad, no pueden imponerse al derecho individual del socio a que las cuentas del ejercicio sean objeto de auditoría.

Así, es doctrina consolidada de esta Dirección que siendo indiscutible que nuestro ordenamiento jurídico no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo por lo que el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización de buena fe (art. 7 del Código Civil), también lo es que la apreciación de tales circunstancias resulta imposible en un procedimiento como el presente cuyo limitado conocimiento material y competencial lo impide, sin perjuicio del derecho de los interesados a acudir a los Tribunales de Justicia en defensa de su posición jurídica (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010 y 11 de marzo de 2014, entre otras).

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

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* resolu-

ciones de 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010, entre otras), el objeto de este procedimiento se limita a determinar si concurren o no los requisitos legales para la procedencia de nombramiento de auditor a instancia de la minoría sin que dentro de su estrecho cauce pueda pretenderse el conocimiento de otras materias reservadas a otras Administraciones o a los Tribunales de Justicia (arts. 354.3 y 359 del Reglamento del Registro Mercantil). Si la parte recurrente plantea cuestiones que tienen por objeto la valoración de la conducta de las solicitantes debe actuar en la instancia que en cada caso sea competente sin que puedan impedir que las socias ejerciten debidamente el derecho que les 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 2019.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil Jaén, doña María Belén López Espada, de fecha 8 de septiembre de 2020, por la que acordó no admitir la oposición y estimar la solicitud de nombramiento de auditor presentada para las cuentas correspondientes al ejercicio 2019.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 2 de diciembre de 2020 (2.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 2 de diciembre de 2020 (3.ª)

En el expediente 105/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Feblame, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….. presentó escrito de fecha 20 de agosto de 2020, dirigido al Registro Mercantil de León, en el que tuvo su entrada el día 31 de agosto, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley 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 «Feblame, S.L.» (concretamente titular del 33,33%), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

II

El registrador mercantil de León, don Oscar María Roa Nonide, dio traslado de la anterior solicitud a la mercantil por resolución de fecha 1 de septiembre de 2020, a los efectos, en su caso, de formalizar oposición al nombramiento solicitado. Dicho requerimiento es recibido en el domicilio social el día 3 de septiembre, sin resultar atendido en el plazo legalmente previsto.

III

La registradora mercantil accidental de León, doña María Jesús Prieto López, dictó resolución de fecha 11 de septiembre de 2020 por la que acordó nombrar a don ….., auditor, para la revisión de las cuentas correspondientes al ejercicio 2019 de la mercantil «Feblame, S.L.», quien acepta el encargo por escrito de fecha 15 de septiembre. Dicha designación es notificada a la sociedad por resolución de fecha 16 de septiembre de 2020, quien se opone a tal nombramiento mediante escrito de fecha 25 de septiembre, alegando la incompatibilidad del auditor designado al poder existir un conflicto de intereses. Mediante resolución de fecha 15 de octubre de 2020, el registrador mercantil de León, don Óscar María Roa Nonide, confirma la designación efectuada.

IV

Don ….. y doña ….., en nombre y representación de la mercantil «Feblame, S.L.» en su condición de administradores solidarios, interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución registral de fecha 15 de octubre de 2020, alegando la incompatibilidad y falta de independencia del auditor nombrado a instancia del socio minoritario.

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

3. En el presente expediente resulta que la sociedad no niega la procedencia del nombramiento de auditor a instancia del socio minoritario, sino que recurre el nombramiento de don ….. como auditor encargado de la verificación contable correspondiente al ejercicio 2019, alegando su falta de independencia. Dicho motivo de recurso no puede ser estimado, ya 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. Si bien el recurrente alega la falta de independencia del auditor nombrado, 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.

Por tanto, si la sociedad considera que el nombramiento o la actuación u omisión del auditor nombrado a instancia del socio minoritario 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.

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 2019.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de León, don Oscar María Roa Nonide, de fecha 15 de octubre de 2020, por la que acordó el nombramiento de auditor solicitado para verificar las cuentas correspondientes al ejercicio 2019.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 2 de diciembre de 2020 (3.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 2 de diciembre de 2020 (4.ª)

En el expediente 106/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Distribució Alimentaria 6 de Març, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 27 de agosto de 2020 dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, en el que tuvo su entrada el día 31 del mismo mes, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Distribució Alimentaria 6 de Març, S.L.» (en concreto, titular del 22,23%), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

Junto con el escrito de solicitud, el interesado acompañó copia de la escritura de constitución de la sociedad.

II

Por oficio del Registro Mercantil de Barcelona de fecha 3 de septiembre de 2020 se da traslado a la sociedad de la solicitud presentada. La sociedad se opuso a la pretensión del socio por medio de escrito suscrito por don …..., en su condición de administrador único de la mercantil, que tuvo su entrada en el Registro Mercantil de Barcelona el día 15 de septiembre alegando, en esencia, la ausencia de causa legítima y legal para que se produzca dicho nombramiento al no haberse celebrado, en el momento de la solicitud, la Junta General Ordinaria en la que se aprueben las cuentas del referido ejercicio y, por tanto, pueda acceder a dicha información el socio solicitante.

III

La registradora mercantil de Barcelona II, doña Mercedes Barco Bara dictó resolución de fecha 22 de septiembre de 2020, 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 único de la misma, por escrito suscrito el 30 de octubre de 2020 y que tuvo su entrada el mismo día 2 de noviembre en el Registro Mercantil, interpuso recurso contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su 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, 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. Como cuestión previa, es preciso señalar que el objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que, en este caso, 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 un socio que reúna al menos el 5% del capital en la sociedad en cuestión. Así, el artículo citado dispone que «en las sociedades que no estén obligadas a someter las cuentas anuales a verificación por un auditor, los socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social podrán solicitar del registrador mercantil del domicilio social que, con cargo a la sociedad, nombre un auditor de cuentas para que efectúe la revisión de las cuentas anuales de un determinado ejercicio siempre que no hubieran transcurrido tres meses a contar desde la fecha de cierre de dicho ejercicio». Por tanto, la competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones o conflictos entre los socios e interesados, que se desprenden de los escritos de alegaciones, recurso y documentos que se acompañan, que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la constitución española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).2.- No puede estimarse el recurso interpuesto pues el motivo alegado por la sociedad, es decir, la falta de aprobación de las cuentas correspondientes al ejercicio 2019 y, por tanto, el posible conocimiento, desde ese momento, de la situación y contabilidad de la sociedad por parte del solicitante. La alegación de que el derecho de acceso a la información del socio es respetado en todo momento, a juicio del recurrente, no es motivo suficiente para enervar el derecho del socio minoritario, apelando a un futuro 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.* arts. 196 y 197 en relación con los arts. 253 y 272 de la Ley de Sociedades de Capital). Téngase en cuenta que el objeto de este expediente no es determinar si el socio minoritario puede acceder o no a la información contable sino si tiene derecho a que se designe un auditor a fin de obtener una

opinión técnica, independiente e imparcial sobre si las cuentas «expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación» (art. 1 del Real Decreto Legislativo 22/2015, de 21 de julio por el que se aprueba la Ley de Auditoría de Cuentas).

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 2019.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Barcelona II, doña Mercedes Barco Bara, de fecha 22 de septiembre de 2020, 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 pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 2 de diciembre de 2020 (4.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 2 de diciembre de 2020 (5.ª)

En el expediente 114/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Luis Magro, S.L.».

HECHOS

I

Don ….., en nombre y representación de doña ….., presentó escrito de fecha 12 de agosto de 2020 dirigido al Registro Mercantil de A Coruña, en el que tuvo su entrada el día 19 de agosto 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 su representada de más del 5% del capital social de «Luis Magro, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

II

Por el registro mercantil de se dio traslado de la anterior solicitud a la mercantil por resolución de fecha 24 de agosto de 2020, para que, en caso de considerarlo oportuno, ejercitara su derecho de oposición conforme al artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil.

III

La sociedad se opuso a la pretensión del socio por medio de escrito de fecha 31 de agosto de 2020, que tuvo su entrada en el Registro Mercantil el día 1 de septiembre de 2020, suscrito por Juana Magro, en nombre y representación de la mercantil, alegando, en esencia, tener ya auditor voluntario nombrado para el ejercicio solicitado. Con su escrito de oposición, acompaña los documentos que estima pertinentes.

IV

El registrador mercantil de A Coruña I, don Enrique Rajoy Brey, dictó resolución de fecha 3 de septiembre de 2020, por la que resuelve la procedencia del nombramiento solicitado ya que, de lo que resulta del registro no se ha enervado el juego del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y, en cuanto a la oposición, por no figurar inscrito el nombramiento alguno de auditor para las cuentas del ejercicio 2019.

V

Doña ….., en nombre y representación de la mercantil, mediante escrito de fecha 29 de septiembre de 2020, que tuvo su entrada en el registro mercantil el día 30 del mismo mes y año, interpuso recurso contra dicha resolución de 3 de septiembre de 2020, reiterando los argumentos de su escrito de oposición, en esencia:

1.º Que la sociedad no está obligada a auditar.

2.º Tener ya auditor voluntario nombrado para el ejercicio solicitado, en concreto, y según manifiesta, que «existe un contrato de fecha 10 de junio de 2019, designando como administrador a D. ….., con DNI XXX, para auditar las cuentas de 2016, 2017, 2018 y

2019 que el registro mercantil del que tiene conocimiento pues fue designado por el registro mercantil el 13/08/2018 como auditor de las cuentas de 2017».

3.º Existir «un auto del juzgado de lo mercantil número 1, sobre la designación que, aunque no se refiere concretamente al ejercicio 2019, hace mención al acuerdo alcanzado entre las partes s.2019 (sic) que se acompaña».

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, es preciso señalar que el objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que, en este caso, 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 un socio que reúna al menos el 5% del capital en la sociedad en cuestión. Así, el artículo citado dispone que «en las sociedades que no estén obligadas a someter las cuentas anuales a verificación por un auditor, los socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social podrán solicitar del registrador mercantil del domicilio social que, con cargo a la sociedad, nombre un auditor de cuentas para que efectúe la revisión de las cuentas anuales de un determinado ejercicio siempre que no hubieran transcurrido tres meses a contar desde la fecha de cierre de dicho ejercicio». Por tanto, la competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones o conflictos entre los socios e interesados, que se desprenden de los escritos de alegaciones y recurso y que, por su naturaleza, compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la constitución española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

2. En cuanto al fondo del 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 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.

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. Ninguna de las tres circunstancias anteriores resulta acreditada en el expediente obrante en esta Dirección General.

2. En el presente expediente resulta por un lado que el socio presenta su solicitud en el registro mercantil con fecha 19 de agosto de 2020 y, por otro, que la sociedad manifiesta sin más que existe un contrato de fecha 10 de junio de 2019, designando como administrador a D. ….., con DNI XXX, para auditar las cuentas de 2016, 2017, 2018 y 2019, y sin que resulte del expediente obrante en esta Dirección General haberse cumplido ninguna de las tres circunstancias más arriba dichas que enervarían la procedencia de designación de auditor por el registrador mercantil al encontrarse en esos casos suficientemente protegido el interés del socio solicitante.

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 no se ha acreditado ni el nombramiento voluntario de auditor ni su inscripción en el Registro Mercantil, de modo 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 pueden enervar la procedencia de designación de auditor por el registrador mercantil, y nada de ello resulta acreditado en el expediente obrante en esta Dirección General. 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 ins-

tancia del socio minoritario, sin que puedan dirimirse en el seno del mismo cualesquiera otras cuestiones, reservadas, en su caso, al correspondiente procedimiento judicial.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de A Coruña I, don Enrique Rajoy Brey, de fecha 3 de septiembre de 2020, por la que resuelve la procedencia del nombramiento solicitado, todo ello 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 pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 2 de diciembre de 2020 (5.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 15 de diciembre de 2020 (1.ª)

En el expediente 109/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Industrias Turísticas de Cantabria, S.A.».

HECHOS

I

Doña ….., don ….. y doña ….., como herederos de don ….., presentó escrito de fecha 23 de junio de 2020, dirigido al Registro Mercantil de Cantabria, en el que tuvo su entrada el día 21 de agosto de 2020, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como herederos de don ….., titular de más del 5% del capital social de «Industrias Turísticas de Cantabria, S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

En concreto, manifiesta la interesada que lo solicita en su calidad de herederos de don ….. Fuente, fallecido el 13 de enero de 2018, acompañando copia de la escritura de aceptación de herencia otorgada el 30 de abril de 2018 ante don Íñigo Girón Sierra, Notario de Santander, de la que resulta que el causante falleció casado con doña ….. y con dos hijos, don ….. y doña ….. Otorgó testamento el día 29 de mayo de 2017 ante el mismo Notario, legando a la esposa la cuota legal usufructuaria y designando herederos a sus dos nombrados hijos.

II

Por oficio del Registro Mercantil de Cantabria de fecha 4 de septiembre de 2020 se da traslado a la sociedad de la solicitud presentada. Dicha notificación es devuelta el día 30 de septiembre por el motivo de «Ausente reparto».

En fecha 2 de octubre de 2020 se da nuevamente traslado a la sociedad de la solicitud presentada. Dicha notificación es devuelta el día 16 de octubre de 2020 por el motivo de «desconocida». Posteriormente, en fecha 20 de octubre de 2020, don ….. recoge personalmente la referida notificación.

La sociedad no formula oposición en el plazo legalmente previsto.

III

La registradora mercantil de Cantabria, doña Emilia Tapia Izquierdo, dictó resolución en fecha 2 de noviembre de 2020 por la que acordó proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….. y don ….., en su condición de miembros del consejo de administración de la mercantil, por escrito de fecha 18 de noviembre de 2020, que tuvo entrada el mismo día 19 en el Registro Mercantil de Cantabria, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, alegando la falta de legitimidad de los solicitantes ya que, si bien reconocen la condición de socio del causante, entienden que es necesaria no sólo la aceptación hereditaria, sino también la partición y liquidación tributaria correspondiente.

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 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, 392 y siguientes del Código Civil, así como las resoluciones judiciales y de esta Dirección General citadas en el texto.

1. La única cuestión que se plantea en este expediente hace referencia a si concurre legitimación en las solicitantes, expediente en el que se dan las siguientes circunstancias, que han quedado debidamente acreditadas:

a) Los solicitantes son los únicos herederos de un socio cuya titularidad no ha sido discutida por la sociedad.

b) Los solicitantes son coherederos del socio fallecido, según resulta de la escritura de partición de herencia que obra en el expediente.

c) Según se deduce del expediente, la herencia se encuentra aceptada si bien, efectivamente, sin partir.

d) La petición de auditor se encuentra formulada por la totalidad de los componentes de la comunidad hereditaria del socio fallecido don …

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, 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).

3. 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 germá-

nico 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 –como es el caso del supuesto de hecho de este expediente–, o bien aquellos que constituyan la mayoría (art. 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).

4. De los hechos expuestos al principio de la presente, así como del propio fundamento derecho 1, resulta que las participaciones de que era titular el socio fallecido se integran en la comunidad hereditaria constituida por los solicitantes, sin que dicha titularidad haya sido discutida por la sociedad.

De conformidad con la doctrina expuesta en los considerandos anteriores procede la desestimación del recurso dada la concurrencia del requisito de reunirse el consentimiento de todos los partícipes de la comunidad hereditaria o, al menos, de los que constituyan una mayoría de cuotas.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Cantabria, doña Emilia

Tapia Izquierdo, de fecha 2 de noviembre de 2020, 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 pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 15 de diciembre de 2020 (1.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 16 de diciembre de 2020 (2.ª)

En el expediente 111/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Delta Fotovoltaica, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….., en nombre y representación de la mercantil «Aicox Soluciones, S.A.», presentó escrito de fecha 30 de julio de 2020, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el mismo día 30, en el que solicitó al amparo del artículo 265.2 de la Ley 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 «Delta Fotovoltaica, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil en el domicilio social por resolución de fecha 4 de agosto de 2020, para que, en su caso, formule oposición a tal solicitud.

Doña ….., en nombre y representación de la mercantil «Delta Fotovoltaica, S.L.» en su condición de persona física designada por el administrador único, «Desarrollos de Energías Renovables, S.L.», formula oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito de fecha 19 de agosto de 2020, que tuvo su entrada en el Registro Mercantil de Madrid el mismo día 19 de agosto. En dicho escrito alega, en esencia:

1. Que la notificación recibida es incompleta al no acompañar la instancia de solicitud de «Aicox Soluciones, S.A.».
2. La solicitante, «Aicox Soluciones, S.A.», carece de la condición de socio y, por tanto, de legitimación.

Mediante diligencia para mejor proveer de fecha 20 de agosto de 2020, el Registro Mercantil de Madrid da traslado a la sociedad de la instancia de solicitud. Dicho requerimiento es atendido por escrito de fecha 4 de septiembre de 2020 suscrito por doña ….., en nombre y representación de la mercantil «Delta Fotovoltaica, S.L.» en su condición de persona física designada por el administrador único, «Desarrollos de Energías Renovables, S.L.», reiterando la falta de legitimación de la solicitante, la extemporaneidad de la solicitud, así como la emisión del informe de auditoría voluntaria correspondiente al ejercicio 2019 por la sociedad ETL Global Audit Assurance, S.L en fecha 17 de julio de 2020. Se acompaña copia del mismo.

Mediante diligencia para mejor proveer de fecha 21 de agosto de 2020, el Registro Mercantil de Madrid requiere a la solicitante para que acredite su legitimación para instar el presente expediente. Dicho requerimiento es atendido por escrito de fecha 4 de septiembre de 2020.

III

El registrador mercantil de Madrid XXII, don Enrique Mariscal Gragera, dictó resolución de fecha 25 de septiembre de 2020 por la que resolvió estimar la oposición y acordó la improcedencia del nombramiento solicitado, al acompañar, junto con escrito de oposición, copia del referido informe de auditoría voluntaria.

IV

Doña ….., en nombre y representación de la mercantil «AICOX SOLUCIONES, S.A.», interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 25 de septiembre de 2020, alegando, en esencia, ciertas deficiencias en el informe de auditoría emitido, así como la vulneración del principio de contradicción en la tramitación del expediente que concluyó con la resolución recurrida.

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. Vuelve a plantearse ante esta Dirección una cuestión sobre la que ha tenido ocasión de pronunciarse de modo reiterado por lo que procede aplicar la doctrina al efecto elaborada. De acuerdo con dicha doctrina (resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012, 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, 13 de mayo,17 de junio de 2014 y de 24 de septiembre de 2015 entre otras muchas), este Centro Directivo ha mantenido que la finalidad del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital es la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la estructura empresarial, para lo cual dicho artículo reconoce y regula el derecho a la verificación de la contabilidad social por un profesional independiente nombrado por el Registrador Mercantil a instancia de los socios que reúnan un mínimo de participaciones sociales o acciones equivalentes al 5% del capital social y siempre que presenten su solicitud en los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social.

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

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

dencia y de profesionalidad…ya que la finalidad del artículo 265.2 LSA no es que la auditoría se realice a instancia de un determinado socio sino que aquella efectivamente se realice y el socio pueda tener perfecto conocimiento de la contabilidad de la sociedad».

Ahora bien, para que la auditoria 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 30 de julio de 2020 y, por otro, que la sociedad acredita que nombró auditor voluntario para el mismo ejercicio con carácter previo al acompañar copia del informe de auditoría correspondiente al ejercicio 2019 de fecha 17 de julio de 2020.

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 debe prosperar ya que ha quedado acreditado el nombramiento anterior del auditor voluntario a instancia de la sociedad requerida, resultando así de la documentación aportada por la misma sociedad al expediente en su escrito de oposición, concretamente copia del propio informe de auditoría emitido con anterioridad a la presentación de la solicitud del socio minoritario. 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 como resulta del propio escrito de oposición, ha sido debidamente acreditada la incorporación del referido informe de auditoría correspondiente al ejercicio 2019 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 (art. 4.1 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas). Procedería, por tanto, por este mismo motivo la desestimación del recurso.

En consecuencia 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 cuen-

tas 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.De conformidad con la doctrina expuesta en los considerandos anteriores procede la desestimación del recurso dada la concurrencia del requisito de reunirse el consentimiento de todos los partícipes de la comunidad hereditaria o, al menos, de los que constituyan una mayoría de cuotas.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid XXII, don Enrique Mariscal Gragera, de fecha 25 de septiembre de 2020, por la que resolvió estimar la oposición y acordó la improcedencia del 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 pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 16 de diciembre de 2020 (2.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 18 de diciembre de 2020 (1.ª)

En el expediente 115/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Amompra Inversiones, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 26 de marzo de 2020, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 27 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 «Amompra Inversiones, S.L.» (concretamente titular del 16% del capital social), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil en el domicilio social por resolución de fecha 1 de junio de 2020, para que, en su caso, formule oposición a tal solicitud. Dicha notificación resultó infructuosa al ser devuelta por el servicio de Correos indicando el motivo «devuelto a origen por sobrante, intento de entrega el 18 de junio de 2020 a las 11:21, por empleado 427377 ha resultado ausente». Reiterada la notificación, es nuevamente devuelta por el Servicio de Correos en fecha 17 de agosto de 2020 indicando el motivo «intento de entrega el 17 de agosto de 2020 por el empleado 283203 ha resultado ausente». Así resulta de sendas certificaciones de imposibilidad de entrega incorporadas al presente expediente.

El Registro Mercantil de Madrid dio traslado a la sociedad de la referida solicitud edictalmente mediante su publicación en el BOE número 264 de fecha 6 de octubre de 2020.

La sociedad no formula oposición en el plazo legalmente previsto.

III

La registradora mercantil de Madrid VI, doña María Victoria Arizmendi Gutiérrez, dictó resolución de fecha 26 de octubre de 2020 por la que resolvió la procedencia del nombramiento solicitado.

IV

Doña ….., en nombre y representación de la mercantil «Amompra Inversiones, S.L.» en su condición de administradora única, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 26 de octubre de 2020, alegando, en esencia, la falta de legitimación del solicitante, sin aportar principio de prueba alguno; así como la no recepción de la notificación enviada al que confirma ser su domicilio social.

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. 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 auditoria 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, ninguno de los dos motivos del recurso pueden ser estimados. En primer lugar, respecto de la legitimación del solicitante, la sociedad simplemente manifiesta la carencia de legitimación activa para iniciar el presente expediente por parte del solicitante, sin indicar motivo alguno ni aportar ningún principio de prueba. Sobre la cuestión de la legitimación del socio minoritario ha tenido ocasión de pronunciarse reiteradamente la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública manteniendo que es suficiente la aportación de un principio de prueba para entenderla acreditada, pues se estima que el artículo 351.2 Reglamento del Registro Mercantil 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». Es por tanto a la sociedad a la que corresponde desvirtuar dicho principio de prueba, aportando, a su vez, prueba suficiente como para deducir que la solicitante no, ostentaba, en el momento de la solicitud, la legitimación que alegó. Con ello se pretende no introducir un desequilibrio en el principio de igualdad jurídica de las partes intervinientes en el procedimiento.

3. El recurso tampoco debe prosperar por el segundo motivo alegado, es decir, la falta de notificación efectiva a la sociedad. Del presente expediente se desprende, por un lado, la notificación realizada por el Registro Mercantil a la sede social de la sociedad, como así confirma el propio recurrente, así como la devolución de la misma por el servicio de Correos. Por otro lado, se acredita también la correspondiente notificación edictal, mediante la oportuna publicación en el BOE, conforme a lo prevenido en el artículo 44 de la Ley 39 de 2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, de 1 de octubre.

No cabe, en consecuencia, apreciar indefensión alguna de la sociedad que pueda provocar la nulidad del expediente. 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.

Atendiendo a las circunstancias de hecho y a los Fundamentos de Derecho expuestos, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Madrid VI, doña María Victoria Arizmendi Gutiérrez, de fecha 26 de octubre de 2020, por la que resolvió acordó la procedencia del 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 pone fin a la vía administrativa.

De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 18 de diciembre de 2020.–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 23 de diciembre de 2020 (1.ª)

En el expediente 115/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Amompra Inversiones, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 26 de marzo de 2020, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 27 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 «Amompra Inversiones, S.L.» (concretamente titular del 16% del capital social), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil en el domicilio social por resolución de fecha 1 de junio de 2020, para que, en su caso, formule oposición a tal solicitud. Dicha notificación resultó infructuosa al ser devuelta por el servicio de Correos indicando el motivo «devuelto a origen por sobrante, intento de entrega el 18 de junio de 2020 a las 11:21, por empleado 427377 ha resultado ausente». Reiterada la notificación, es nuevamente devuelta por el Servicio de Correos en fecha 17 de agosto de 2020 indicando el motivo «intento de entrega el 17 de agosto de 2020 por el empleado 283203 ha resultado ausente». Así resulta de sendas certificaciones de imposibilidad de entrega incorporadas al presente expediente.

El Registro Mercantil de Madrid dio traslado a la sociedad de la referida solicitud edictalmente mediante su publicación en el BOE número 264 de fecha 6 de octubre de 2020.

La sociedad no formula oposición en el plazo legalmente previsto.

III

La registradora mercantil de Madrid VI, doña María Victoria Arizmendi Gutiérrez, dictó resolución de fecha 26 de octubre de 2020 por la que resolvió la procedencia del nombramiento solicitado.

IV

Doña ….., en nombre y representación de la mercantil «Amompra Inversiones, S.L.» en su condición de administradora única, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 26 de octubre de 2020, alegando, en esencia, la falta de legitimación del solicitante, sin aportar principio de prueba alguno; así como la no recepción de la notificación enviada al que confirma ser su domicilio social.

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. 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 auditoria 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, ninguno de los dos motivos del recurso pueden ser estimados. En primer lugar, respecto de la legitimación del solicitante, la sociedad simplemente manifiesta la carencia de legitimación activa para iniciar el presente expediente por parte del solicitante, sin indicar motivo alguno ni aportar ningún principio de prueba. Sobre la cuestión de la legitimación del socio minoritario ha tenido ocasión de pronunciarse reiteradamente la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública manteniendo que es suficiente la aportación de un principio de prueba para entenderla acreditada, pues se estima que el artículo 351.2 Reglamento del Registro Mercantil 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». Es por tanto a la sociedad a la que corresponde desvirtuar dicho principio de prueba, aportando, a su vez, prueba suficiente como para deducir que la solicitante no, ostentaba, en el momento de la solicitud, la legitimación que alegó. Con ello se pretende no introducir un desequilibrio en el principio de igualdad jurídica de las partes intervinientes en el procedimiento.

3. El recurso tampoco debe prosperar por el segundo motivo alegado, es decir, la falta de notificación efectiva a la sociedad. Del presente expediente se desprende, por un lado, la notificación realizada por el Registro Mercantil a la sede social de la sociedad, como así confirma el propio recurrente, así como la devolución de la misma por el servicio de Correos. Por otro lado, se acredita también la correspondiente notificación edictal, mediante la oportuna publicación en el BOE, conforme a lo prevenido en el artículo 44 de la Ley 39 de 2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, de 1 de octubre.

No cabe, en consecuencia, apreciar indefensión alguna de la sociedad que pueda provocar la nulidad del expediente. 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.

Atendiendo a las circunstancias de hecho y a los Fundamentos de Derecho expuestos, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Madrid VI, doña María Victoria Arizmendi Gutiérrez, de fecha 26 de octubre de 2020, por la que resolvió acordó la procedencia del 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 pone fin a la vía administrativa.

De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 18 de diciembre de 2020.–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 23 de septiembre de 2020 (1.ª)

En el expediente 112/2020 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Modas Anhelo, S.L.»

HECHOS

I

Don L.S.D. presenta un escrito de fecha 11 de marzo de 2020, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que solicita, 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 ostenta en la sociedad Modas Anhelo S.L., como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación al amparo del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

Fundamenta su solicitud en los siguientes extremos de acuerdo a la documentación que se acompaña:

a) Que la sociedad celebró junta general ordinaria el día 13 de diciembre de 2019 como resulta del acta notarial autorizada por la notaria de Madrid doña Blanca Valenzuela Fernández el mismo día de la celebración de la junta general (número 2146 de protocolo). De copia de la citada acta y de su diligencia, también de la misma fecha, resulta que, una vez constituida la junta con la presencia de la totalidad del capital social y previa la declaración del presidente al respecto se entró en el orden del día. El segundo punto de este se refiere a la «Presentación y aprobación, en su caso, de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio terminado el 31 de diciembre de 2018 y aplicación del resultado de dicho ejercicio…» El representante del hoy solicitante hace diversas preguntas y consideraciones en relación al mismo; específicamente que considera que la propuesta de compensar el dividendo propuesto con deudas de socios constituye un fraude de ley al artículo 348 bis anunciando el ejercicio del derecho de separación para el caso de aprobarse la propuesta como finalmente ocurre. Con carácter previo el representante del hoy solicitante declara que no conocía que la sociedad hubiese adquirido por cesión el crédito contra su representado, crédito que es litigioso.

La propuesta de aplicación del resultado se aprueba por cinco de los seis socios que integran el capital social con el voto en contra del representante del hoy solicitante.

Del contenido del acta resulta igualmente el informe de auditoría de las cuentas anuales de la sociedad con opinión favorable.

b) Que tal y como resulta del acta notarial, aunque en la junta de referencia se acordó el reparto de dividendo esto no llegó a materializarse por cuanto fue objeto de compensación con la deuda a que se refiere el apartado anterior. Que el acuerdo fue aprobado con su voto en contra y haciéndose constar su solicitud de reparto del total de los dividendos acordados.

c) Que el día 13 de enero de 2020 ejercitó su derecho de separación mediante comunicado dirigido a la sociedad que respondió en fecha 14 de febrero de forma negativa.

II

Previo traslado de la solicitud por parte del Registro Mercantil, y la realización de determinada diligencia, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que el solicitante, junto con sus hermanos, es socio de un conjunto de sociedades con las que mantiene distintos procedimientos judiciales, de cuya actuación resulta una estrategia de oposición para conseguir una ganancia ilícita a costa de las citadas sociedades. 2.º Que la instancia del socio omite que del acta notarial resulta que se acordó la distribución de un 25% por ciento de dividendo con cargo al beneficio. Que el artículo 348 bis regula el dere-

cho de separación en caso de no reparto de dividendos, pero no cómo se hace efectivo dicho reparto. Que la instancia omite que la sociedad le contestó que se habían repartido dividendos. 3.º Que no se produce el supuesto de hecho del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital por cuanto, como queda dicho, la junta general acordó la distribución de un dividendo de un 25%, pero el solicitante acude al Registro Mercantil pretendiendo abordar otras cuestiones que podrían generarle costas judiciales como son la existencia o no de deudas de socios, la procedencia de la compensación de créditos y, en definitiva, la existencia o no de un ilícito civil. Que tales cuestiones exceden del ámbito de conocimiento del registrador mercantil como resulta de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 7 de octubre de 2019. 4.º Que la sociedad ha compensado el pago de dividendo con la deuda que ostenta contra los socios y ha satisfecho las retenciones correspondientes a la Hacienda Pública. Que el socio no discute la existencia de la deuda y que constan reflejadas en la contabilidad social de cada ejercicio. 5.º Que lo mismo ha ocurrido en otra sociedad de los hermanos sin que el solicitante se opusiera o impugnara el acuerdo. 6.º Que el registrador puede decidir sobre el presupuesto de concurrencia de requisitos para el ejercicio de derecho de separación de conformidad con la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales y de la propia Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

El día 28 de agosto de 2020, el consejero delegado de la sociedad aporta nueva documentación al expediente

III

El registrador mercantil de Madrid núm. 18, don Vicente Carbonell Serrano dictó resolución en fecha 1 de septiembre de 2020 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 353 de la Ley de Sociedades de Capital. El registrador, en esencia, afirma en su resolución que el solicitante no discute que existió un acuerdo de distribución de dividendo y que su afirmación de que la compensación que de los mismos se llevó a cabo desborda el objeto del procedimiento, limitado a determinar si concurren o no los requisitos legalmente previstos para que proceda el derecho de separación con el fin de designar un experto independiente.

IV

Don L.S.D., por escrito de fecha 8 de octubre de 2020, que tuvo entrada el en el Registro Mercantil de Madrid el día siguiente, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a, resumidamente, los siguientes argumentos: 1.º Que en fecha 10 de septiembre le fue notificada la resolución del registrador mercantil de Madrid por la que se rechazaba su solicitud de designación de experto independiente. 2.º Que en la junta celebrada el día 13 de diciembre de 2019 se celebró la junta general de la sociedad en la que se aprobó el reparto de determinada cantidad en concepto de dividendo. Que el presidente de la junta inmediatamente después afirmo la existencia de una deuda vencida, líquida y exigible de cada uno de los socios hacia la sociedad por lo que anuncia la compensación con el dividendo acordado, dividendo que no llegó a materializarse en consecuencia. Que el acuerdo fue aprobado con su voto en contra. 3.º Que en fecha 31 de julio de 2017 la junta general de la sociedad Delgado de Madrid S.L. adoptó determinado acuerdo relativo a la determinación de deuda de los socios hacia la sociedad y del modo de satisfacerlo, acuerdo que se adoptó con su voto en contra y que ha sido impugnado judicialmente, como se acredita. Que dicha deuda creada a favor de dicha sociedad fue transferida

a favor de otra serie de sociedades entre las que se encuentra Modas Anhelo S.L. 4.º Que en el supuesto de hecho no se discute que se acordara por la junta general el reparto de dividendo sino si efectivamente se llevó a cabo. Que esto es así porque se utilizó una deuda artificiosamente creada e impuesta al solicitante para privarle del derecho a separarse de la sociedad. Que dicha acción es un flagrante fraude de ley en los términos que es recogido en el artículo 7 del Código Civil. Que del relato de los hechos resulta el conjunto de requisitos para apreciar que el pago del dividendo se llevó a cabo 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; 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 de 21 de febrero y 23 de noviembre de 2001, 4 de julio de 2007 y 18 de diciembre de 2008, así como las sentencias 32/2006, de 23 de enero y 63/2011, de 28 de febrero; y las resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública 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, 11 de junio, 2, 4 y 23 de octubre, 6, 14, 22, 23, 26 y 28 de noviembre y 17 y 18 de diciembre de 2018 y 14 y 21 (primera y segunda) de febrero, 7, 26 (primera, segunda y tercera), 28 (primera y segunda), y 29 de marzo, 15 y 22 (primera, segunda y tercera), de abril, 10 (tercera y quinta), y 16 (primera, segunda y tercera), de mayo y 6 (tercera y sexta) y 26 (quinta y sexta), de junio, 12 de septiembre (primera y segunda), 26 de noviembre, 3 de diciembre (segunda), 12 de diciembre (primera) y 23 de diciembre (segunda) de 2019, 3 de enero (primera, segunda y tercera), 14 de enero (primera y segunda), 13 de febrero (segunda y tercera), 26 de febrero (primera, segunda, tercera y cuarta), y 12 de marzo de 2020.

1. Aprobado por la junta general de una sociedad de responsabilidad limitada el acuerdo de aplicación de resultado correspondiente al ejercicio 2018, incluyendo el reparto de dividendo, un socio que ha votado en contra notifica a la sociedad el ejercicio de su derecho de separación amparándose en que la misma junta general aprobó, con carácter inmediato y con su voto en contra, compensar el pago del dividendo con la deuda que cada uno de los socios debe a la sociedad.

El registrador mercantil desestima la solicitud por entender que la determinación de si el dividendo aprobado por la junta general consta efectivamente

satisfecho o no cae fuera del ámbito del objeto del expediente de designación de experto independiente, limitado a determinar si concurren o no los requisitos para que proceda el nombramiento. El interesado recurre en los términos que resultan de los hechos.

El mismo interesado y en relación a otras dos sociedades interpuso recurso que ha sido desestimado por esta Dirección General por lo que siendo sustancialmente idéntico el supuesto de hecho y los fundamentos alegados procede reiterar la doctrina expresada en las resoluciones de fecha 25 de noviembre de 2020 (4.ª y 5.ª).

2. Como resulta de los escritos de solicitud y de recurso el solicitante no niega que la junta general aprobara en su reunión de fecha 13 de diciembre de 2019 el reparto de dividendo correspondiente al ejercicio 2018 en términos que impidan el nacimiento del derecho de separación contemplado en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. Lo que afirma es que, pese a aprobarse el dividendo este no se ha satisfecho efectivamente a los socios al ser compensado con determinada deuda que, por importe idéntico, ostentaba la sociedad frente a cada uno de aquellos, deuda que, afirma, ha sido artificiosamente creada, se aprobó en determinada junta con su voto en contra y cuyo acuerdo de aprobación resulta impugnado ante la jurisdicción ordinaria, como acredita.

Para la debida resolución del expediente es preciso tener en cuenta dos cuestiones que han sido objeto de un reiterado análisis por parte de esta Dirección General y que son traídas a colación tanto por el instante como por la sociedad: la competencia del registrador en el ámbito del procedimiento para la designación de experto independiente y el objeto de tal procedimiento.

En relación a la primera cuestión, esta Dirección General tiene declarado (*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» (art. 16.2 del Código de Comercio), funciones distintas de las relativas a la inscripción de los empresarios y sus actos. Si ésta última 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 o improcedencia del nombramiento solicitado no tiene el carácter de calificación registral, sino que es un acuerdo adoptado por quien

en este procedimiento regulado en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil es la autoridad pública competente para resolver la solicitud (resoluciones de 13 de enero de 2011 y 10 de julio de 2013). En definitiva, y como ha mantenido reiteradamente esta Dirección General, la actuación del registrador viene amparada por la atribución competencial que lleva a cabo 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 sin perjuicio de la revisión jurisdiccional del acto administrativo que del procedimiento resulte.

En suma, el registrador tiene atribuida la competencia legal para determinar si concurren los requisitos legalmente exigibles para ejercerla, ya se trate de la designación de un experto para la valoración del crédito de liquidación de un usufructo (art. 128 de la Ley de Sociedades de Capital), ya de la designación de un experto para la determinación del valor razonable de las acciones o participaciones de un socio separado o excluido (art. 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 (arts. 169 y 171), ya para reducir el capital social (arts. 139 y 141 de la Ley). En estos y otros supuestos como es el del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, 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 Seguridad Jurídica y Fe Pública o de la oportuna impugnación ante los Tribunales de Justicia, al carecer las resoluciones administrativas del efecto de cosa juzgada (art. 114 de la Ley 39/2015, de 1 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* art. 353 de la Ley de Sociedades de Capital), por el procedimiento establecido (art. 363 del Reglamento del Registro Mercantil), y sin perjuicio del régimen de recursos previsto en el ordenamiento. En ningún caso el registrador ha resuelto una contienda entre particulares pues se ha limitado, como autoridad, a verificar si concurren o no los requisitos establecidos legalmente para la designación de persona que deba llevar a cabo la previsión legal de valoración de las participaciones y sin perjuicio del ejercicio de las acciones que los interesados entiendan procedentes en defensa de su derecho (*vide* resoluciones de 20 de enero de 2011 y 4 de febrero de 2013).

Esta Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública no desconoce la existencia de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Murcia de fecha 18 de mayo de 2017 que afirma lo contrario, como la del Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Barcelona de fecha 1 de marzo de 2018, resoluciones que han sido revocadas por las respectivas Audiencias.

La Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.ª, en su sentencia 198/2018 de 28 de marzo, afirma 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…»

En términos similares la Sentencia 1745/2019 de 7 octubre de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.ª): «La función del registrador no puede alcanzar al fondo, esto es, a si se ha ejercitado o no correctamente por los

socios el derecho de separación del art. 348-bis LSC (RCL 2010, 1792, 2400) sino que se ha de limitar a si concurren los presupuestos para que proceda el nombramiento de experto independiente, lo que no es exactamente lo mismo. Es cierto que constatar si concurren los presupuestos para que proceda el nombramiento de experto puede exigir que el registrador analice si existía realmente el derecho de separación invocado y si aparece formalmente ejercitado de forma adecuada, si bien se trata de un examen puramente formal, tal y como afirma en su recurso el Abogado del Estado. Así creemos que debe deducirse del art. 354.2 RRM (RCL 1996, 2112) cuando dispone que la sociedad puede oponerse en el expediente alegando que no procede el nombramiento o si niega la legitimación del solicitante. 9. Esa oposición de la sociedad no puede ir más allá de los aspectos puramente formales que pueden justificar el nombramiento, sin extenderse a las cuestiones sustantivas, esto es, a negar que proceda el derecho de separación por razones de fondo…10. En suma, el objeto de este proceso se encuentra exclusivamente en determinar si el Registro Mercantil actuó correctamente cuando resolvió el expediente registral y nombró experto independiente, no en determinar si los socios ejercitaron correctamente el derecho de separación. Y lo que debemos determinar es si la oposición de la sociedad debe determinar que el Registro se abstenga de resolver el expediente, como parece haber entendido la resolución recurrida. En nuestra opinión, tajantemente no. Si a algo se aproxima la naturaleza de estos expedientes registrales es precisamente a los negocios de jurisdicción voluntaria en los que la oposición nunca (desde la entrada en vigor de la Ley 15/2015, de 2 de julio (RCL 2015, 1016), de Jurisdicción Voluntaria) determina la finalización del procedimiento (art. 17.3 LJV (RCL 2015, 1016, 1354)). Por tanto, el Registrador debía resolver acerca de si procedía nombrar experto, no sobre si existía o no derecho de separación bien ejercitado, y también a eso debemos limitar nosotros el enjuiciamiento.»

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 Seguridad Jurídica y Fe Pública 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).

En definitiva, el registrador es competente para, en el curso del procedimiento para determinar la procedencia de designación de experto independiente al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital, determinar si concurren o no los requisitos previstos en el ordenamiento para el ejercicio del derecho de separación al amparo de la previsión del artículo 348 bis de la propia ley; competencia que sólo se suspende si se acredita en el

curso del procedimiento que alguna de las partes ha acudido a la jurisdicción voluntaria en impugnación del acuerdo en virtud del cual nace el derecho de separación, lo que no resulta en el presente expediente ya que la impugnación alegada por el solicitante se refiere a unos acuerdos anteriores a los que dan lugar a la presente y que se refieren, no a la aplicación del resultado del ejercicio 2018, si no al reconocimiento de determinadas deudas de los socios frente a la sociedad lo que nos lleva a la siguiente cuestión relativa al objeto del procedimiento.

4. 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, la pertinencia de nombramiento de un experto independiente que determine el valor razonable de las acciones o participaciones sociales.

Las distintas alegaciones que lleva a cabo el solicitante y recurrente y que se refieren a cuestiones de fondo (existencia de la deuda compensada y fraude de ley en la aplicación del instituto de la compensación), exigen llevar a cabo un pronunciamiento expreso sobre lo que constituye el objeto del expediente administrativo de designación de experto independiente cuya regulación, que se encuentra en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, refleja lo limitado del conocimiento del registrador durante su tramitación y de esta Dirección General en instancia. Con carácter expreso establece el artículo 363.1del 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 así por lo estrecho de su ámbito de conocimiento, limitado a la verificación de que concurren los requisitos exigidos por la Ley, y de sus medios de conocimiento.

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 y que se refiera a cuestiones ajenas al hecho de si resultan o no acreditados los requisitos legales, 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.

En definitiva, si el interesado considera que de las circunstancias que estima relevantes o de la conducta de la sociedad 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.

5. Establecido lo anterior resulta ya inevitable afirmar, en idéntico pronunciamiento que las resoluciones de fecha 25 de noviembre de 2020 (4.ª y 5.ª). que el registrador no puede, ni esta Dirección General en alzada, resolver sobre la mala fe de una de las partes del procedimiento, ni sobre el ejercicio abusivo de un derecho ni sobre la concurrencia de fraude de ley.

Es doctrina muy consolidada de esta Dirección que siendo indiscutible que nuestro ordenamiento jurídico no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo pues el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización de buena fe (art. 7 del Código Civil), también lo es que la apreciación de tales circunstancias resulta imposible en 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 o impertinencia 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 (art. 117 de la constitución Española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y resoluciones de esta Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública 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, entre otras muchas).

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid núm. 18, don Vicente Carbonell Serrano dictó resolución en fecha 1 de septiembre de 2020.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la

vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 23 de diciembre de 2020 (1.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 23 de diciembre de 2020 (2.ª)

En el expediente 113/2020 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Tradesa, S.L.»

HECHOS

I

Don L.S.D. presenta un escrito de fecha 11 de marzo de 2020, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que solicita, 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 ostenta en la sociedad Tradesa S.L., como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación al amparo del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

Fundamenta su solicitud en los siguientes extremos de acuerdo a la documentación que se acompaña:

a) Que la sociedad celebró junta general ordinaria el día 13 de diciembre de 2019 como resulta del acta notarial autorizada por la notaria de Madrid doña Blanca Valenzuela Fernández el mismo día de la celebración de la junta general (número 2147 de protocolo). De copia de la citada acta y de su diligencia, también de la misma fecha, resulta que, una vez constituida la junta con la presencia de la totalidad del capital social y previa la declaración del presidente al respecto se entró en el orden del día. El segundo punto de este se refiere a la «Presentación y aprobación, en su caso, de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio terminado el 31 de diciembre de 2018 y aplicación del resultado de dicho ejercicio…» El representante del hoy solicitante hace diversas preguntas y consideraciones en relación al mismo; específicamente que considera que la propuesta de compensar el dividendo propuesto con deudas de socios constituye un fraude de ley al artículo 348 bis anunciando el ejercicio del derecho de separación para el caso de aprobarse la propuesta como finalmente ocurre. Con carácter previo el representante del hoy solicitante declara que no conocía que la sociedad hubiese adquirido por cesión el crédito contra su representado, crédito que es litigioso.

La propuesta de aplicación del resultado se aprueba por cinco de los seis socios que integran el capital social con el voto en contra del representante del hoy solicitante.

Del contenido del acta resulta igualmente el informe de auditoría de las cuentas anuales de la sociedad con opinión favorable.

b) Que tal y como resulta del acta notarial, aunque en la junta de referencia se acordó el reparto de dividendo esto no llegó a materializarse por cuanto fue objeto de compensación con la deuda a que se refiere el apartado anterior. Que el acuerdo fue aprobado con su voto en contra y haciéndose constar su solicitud de reparto del total de los dividendos acordados.

c) Que el día 13 de enero de 2020 ejercitó su derecho de separación mediante comunicado dirigido a la sociedad que respondió en fecha 14 de febrero de forma negativa.

II

Previo traslado de la solicitud por parte del Registro Mercantil, y la realización de determinada diligencia, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que el solicitante, junto con sus hermanos, es socio de un conjunto de sociedades con las que mantiene distintos procedimientos judiciales, de cuya actuación resulta una estrategia de oposición para conseguir una ganancia ilícita a costa de las citadas sociedades. 2.º Que la instancia del socio omite que del acta notarial resulta que se acordó la distribución de un 25% por ciento de dividendo con cargo al beneficio. Que el artículo 348 bis regula el derecho de separación en caso de no reparto de dividendos, pero no cómo se hace efectivo dicho reparto. Que la instancia omite que la sociedad le contestó que se habían repartido dividendos. 3.º Que no se produce el supuesto de hecho del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital por cuanto, como queda dicho, la junta general acordó la distribución de un dividendo de un 25%, pero el solicitante acude al Registro Mercantil pretendiendo abordar otras cuestiones que podrían generarle costas judiciales como son la existencia o no de deudas de socios, la procedencia de la compensación de créditos y, en definitiva, la existencia o no de un ilícito civil. Que tales cuestiones exceden del ámbito de conocimiento del registrador mercantil como resulta de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 7 de octubre de 2019. 4.º Que la sociedad ha compensado el pago de dividendo con la deuda que ostenta contra los socios y ha satisfecho las retenciones correspondientes a la Hacienda Pública. Que el socio no discute la existencia de la deuda y que constan reflejadas en la contabilidad social de cada ejercicio. 5.º Que lo mismo ha ocurrido en otra sociedad de los hermanos sin que el solicitante se opusiera o impugnara el acuerdo. 6.º Que el registrador puede decidir sobre el presupuesto de concurrencia de requisitos para el ejercicio de derecho de separación de conformidad con la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales y de la propia Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

El día 28 de agosto de 2020, el consejero delegado de la sociedad aporta nueva documentación al expediente.

III

El registrador mercantil de Madrid núm. 12, don Adolfo García Ferreiro dictó resolución en fecha 1 de septiembre de 2020 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 353 de la Ley de Sociedades de Capital. El registrador, en esencia, afirma en su resolución que el solicitante no discute que existió un acuerdo de distribución de dividendo y que su afirmación de que la compensación que de los mismos se llevó a cabo desborda el objeto del procedimiento, limitado a

determinar si concurren o no los requisitos legalmente previstos para que proceda el derecho de separación con el fin de designar un experto independiente.

IV

Don L.S.D., por escrito de fecha 8 de octubre de 2020, que tuvo entrada el en el Registro Mercantil de Madrid el día siguiente, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a, resumidamente, los siguientes argumentos: 1.º Que en fecha 25 de septiembre le fue notificada la resolución del registrador mercantil de Madrid por la que se rechazaba su solicitud de designación de experto independiente. 2.º Que en la junta celebrada el día 13 de diciembre de 2019 se celebró la junta general de la sociedad en la que se aprobó el reparto de determinada cantidad en concepto de dividendo. Que el presidente de la junta inmediatamente después afirmo la existencia de una deuda vencida, líquida y exigible de cada uno de los socios hacia la sociedad por lo que anuncia la compensación con el dividendo acordado, dividendo que no llegó a materializarse en consecuencia. Que el acuerdo fue aprobado con su voto en contra. 3.º Que en fecha 31 de julio de 2017 la junta general de la sociedad Delgado de Madrid S.L. adoptó determinado acuerdo relativo a la determinación de deuda de los socios hacia la sociedad y del modo de satisfacerlo, acuerdo que se adoptó con su voto en contra y que ha sido impugnado judicialmente, como se acredita. Que dicha deuda creada a favor de dicha sociedad fue transferida a favor de otra serie de sociedades entre las que se encuentra Modas Anhelo S.L. 4.º Que en el supuesto de hecho no se discute que se acordara por la junta general el reparto de dividendo sino si efectivamente se llevó a cabo. Que esto es así porque se utilizó una deuda artificiosamente creada e impuesta al solicitante para privarle del derecho a separarse de la sociedad. Que dicha acción es un flagrante fraude de ley en los términos que es recogido en el artículo 7 del Código Civil. Que del relato de los hechos resulta el conjunto de requisitos para apreciar que el pago del dividendo se llevó a cabo 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; 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 de 21 de febrero y 23 de noviembre de 2001, 4 de julio de 2007 y 18 de diciembre de 2008, así como las sentencias 32/2006, de 23 de enero y 63/2011, de 28 de febrero; y las resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública 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, 11 de junio, 2, 4 y 23 de octubre, 6, 14, 22, 23, 26 y 28 de noviembre y 17 y 18 de diciembre de 2018

y 14 y 21 (primera y segunda) de febrero, 7, 26 (primera, segunda y tercera), 28 (primera y segunda), y 29 de marzo, 15 y 22 (primera, segunda y tercera), de abril, 10 (tercera y quinta), y 16 (primera, segunda y tercera), de mayo y 6 (tercera y sexta) y 26 (quinta y sexta), de junio, 12 de septiembre (primera y segunda), 26 de noviembre, 3 de diciembre (segunda), 12 de diciembre (primera) y 23 de diciembre (segunda) de 2019, 3 de enero (primera, segunda y tercera), 14 de enero (primera y segunda), 13 de febrero (segunda y tercera), 26 de febrero (primera, segunda, tercera y cuarta), y 12 de marzo de 2020.

1. Aprobado por la junta general de una sociedad de responsabilidad limitada el acuerdo de aplicación de resultado correspondiente al ejercicio 2018, incluyendo el reparto de dividendo, un socio que ha votado en contra notifica a la sociedad el ejercicio de su derecho de separación amparándose en que la misma junta general aprobó, con carácter inmediato y con su voto en contra, compensar el pago del dividendo con la deuda que cada uno de los socios debe a la sociedad.

El registrador mercantil desestima la solicitud por entender que la determinación de si el dividendo aprobado por la junta general consta efectivamente satisfecho o no cae fuera del ámbito del objeto del expediente de designación de experto independiente, limitado a determinar si concurren o no los requisitos para que proceda el nombramiento. El interesado recurre en los términos que resultan de los hechos.

El mismo interesado y en relación a otras dos sociedades interpuso recurso que ha sido desestimado por esta Dirección General por lo que siendo sustancialmente idéntico el supuesto de hecho y los fundamentos alegados procede reiterar la doctrina expresada en las resoluciones de fecha 25 de noviembre de 2020 (4.ª y 5.ª).

2. Como resulta de los escritos de solicitud y de recurso el solicitante no niega que la junta general aprobara en su reunión de fecha 13 de diciembre de 2019 el reparto de dividendo correspondiente al ejercicio 2018 en términos que impidan el nacimiento del derecho de separación contemplado en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. Lo que afirma es que, pese a aprobarse el dividendo este no se ha satisfecho efectivamente a los socios al ser compensado con determinada deuda que, por importe idéntico, ostentaba la sociedad frente a cada uno de aquellos, deuda que, afirma, ha sido artificiosamente creada, se aprobó en determinada junta con su voto en contra y cuyo acuerdo de aprobación resulta impugnado ante la jurisdicción ordinaria, como acredita.

Para la debida resolución del expediente es preciso tener en cuenta dos cuestiones que han sido objeto de un reiterado análisis por parte de esta Dirección General y que son traídas a colación tanto por el instante como por la sociedad: la competencia del registrador en el ámbito del procedimiento para la designación de experto independiente y el objeto de tal procedimiento.

En relación a la primera cuestión, esta Dirección General tiene declarado (*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» (art. 16.2 del Código de Comercio), funciones distintas de las relativas a la inscripción de los empresarios y sus actos. Si ésta última 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 o improcedencia del nombramiento solicitado no tiene el carácter de calificación registral, sino que es un acuerdo adoptado por quien en este procedimiento regulado en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil es la autoridad pública competente para resolver la solicitud (resoluciones de 13 de enero de 2011 y 10 de julio de 2013). En definitiva, y como ha mantenido reiteradamente esta Dirección General, la actuación del registrador viene amparada por la atribución competencial que lleva a cabo 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 sin perjuicio de la revisión jurisdiccional del acto administrativo que del procedimiento resulte.

En suma, el registrador tiene atribuida la competencia legal para determinar si concurren los requisitos legalmente exigibles para ejercerla, ya se trate de la designación de un experto para la valoración del crédito de liquidación de un usufructo (art. 128 de la Ley de Sociedades de Capital), ya de la designación de un experto para la determinación del valor razonable de las acciones o participaciones de un socio separado o excluido (art. 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 (arts. 169 y 171), ya para reducir el capital social (arts. 139 y 141 de la Ley). En estos y otros supuestos como es el del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, 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 Seguridad Jurídica y Fe Pública o de la oportuna impugnación ante los Tribunales de Justicia, al carecer las resoluciones administrativas del efecto de cosa juzgada (art. 114 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Adminis-

trativo 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* art. 353 de la Ley de Sociedades de Capital), por el procedimiento establecido (art. 363 del Reglamento del Registro Mercantil), y sin perjuicio del régimen de recursos previsto en el ordenamiento. En ningún caso el registrador ha resuelto una contienda entre particulares pues se ha limitado, como autoridad, a verificar si concurren o no los requisitos establecidos legalmente para la designación de persona que deba llevar a cabo la previsión legal de valoración de las participaciones y sin perjuicio del ejercicio de las acciones que los interesados entiendan procedentes en defensa de su derecho (*vide* resoluciones de 20 de enero de 2011 y 4 de febrero de 2013).

Esta Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública no desconoce la existencia de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Murcia de fecha 18 de mayo de 2017 que afirma lo contrario, como la del Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Barcelona de fecha 1 de marzo de 2018, resoluciones que han sido revocadas por las respectivas Audiencias.

La Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.ª, en su sentencia 198/2018 de 28 de marzo, afirma 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 requi-

sitos 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 términos similares la Sentencia 1745/2019 de 7 octubre de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.ª): «La función del registrador no puede alcanzar al fondo, esto es, a si se ha ejercitado o no correctamente por los socios el derecho de separación del art. 348-bis LSC (RCL 2010, 1792, 2400) sino que se ha de limitar a si concurren los presupuestos para que proceda el nombramiento de experto independiente, lo que no es exactamente lo mismo. Es cierto que constatar si concurren los presupuestos para que proceda el nombramiento de experto puede exigir que el registrador analice si existía realmente el derecho de separación invocado y si aparece formalmente ejercitado de forma adecuada, si bien se trata de un examen puramente formal, tal y como afirma en su recurso el Abogado del Estado. Así creemos que debe deducirse del art. 354.2 RRM (RCL 1996, 2112) cuando dispone que la sociedad puede oponerse en el expediente alegando que no procede el nombramiento o si niega la legitimación del solicitante. 9. Esa oposición de la sociedad no puede ir más allá de los aspectos puramente formales que pueden justificar el nombramiento, sin extenderse a las cuestiones sustantivas, esto es, a negar que proceda el derecho de separación por razones de fondo…10. En suma, el objeto de este proceso se encuentra exclusivamente en determinar si el Registro Mercantil actuó correctamente cuando resolvió el expediente registral y nombró experto independiente, no en determinar si los socios ejercitaron correctamente el derecho de separación. Y lo que debemos determinar es si la oposición de la sociedad debe determinar que el Registro se abstenga de resolver el expediente, como parece haber entendido la resolución recurrida. En nuestra opinión, tajantemente no. Si a algo se aproxima la naturaleza de estos expedientes registrales es precisamente a los negocios de jurisdicción voluntaria en los que la oposición nunca (desde la entrada en vigor de la Ley 15/2015, de 2 de julio (RCL 2015, 1016), de Jurisdicción Voluntaria) determina la finalización del procedimiento (art. 17.3 LJV (RCL 2015, 1016, 1354)). Por tanto, el Registrador debía resolver acerca de si procedía nombrar

experto, no sobre si existía o no derecho de separación bien ejercitado, y también a eso debemos limitar nosotros el enjuiciamiento.»

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 resolu-

ción 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 Seguridad Jurídica y Fe Pública 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).

En definitiva, el registrador es competente para, en el curso del procedimiento para determinar la procedencia de designación de experto independiente al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital, determinar si concurren o no los requisitos previstos en el ordenamiento para el ejercicio del derecho de separación al amparo de la previsión del artículo 348 bis de la propia ley; competencia que sólo se suspende si se acredita en el curso del procedimiento que alguna de las partes ha acudido a la jurisdicción voluntaria en impugnación del acuerdo en virtud del cual nace el derecho de separación, lo que no resulta en el presente expediente ya que la impugnación alegada por el solicitante se refiere a unos acuerdos anteriores a los que dan lugar a la presente y que se refieren, no a la aplicación del resultado del ejercicio 2018, si no al reconocimiento de determinadas deudas de los socios frente a la sociedad lo que nos lleva a la siguiente cuestión relativa al objeto del procedimiento.

4. 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, la pertinencia de nombramiento de un experto independiente que determine el valor razonable de las acciones o participaciones sociales.

Las distintas alegaciones que lleva a cabo el solicitante y recurrente y que se refieren a cuestiones de fondo (existencia de la deuda compensada y fraude de ley en la aplicación del instituto de la compensación), exigen llevar a cabo un pronunciamiento expreso sobre lo que constituye el objeto del expediente administrativo de designación de experto independiente cuya regulación, que se encuentra en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, refleja lo limitado del conocimiento del registrador durante su tramitación y de esta Dirección General en instancia. Con carácter expreso establece el artículo 363.1del 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 así por lo estrecho de su ámbito de conocimiento, limitado a la verificación de que concurren los requisitos exigidos por la Ley, y de sus medios de conocimiento.

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 y que se refiera a cuestiones ajenas al hecho de si resultan o no acreditados los requisitos legales, 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.

En definitiva, si el interesado considera que de las circunstancias que estima relevantes o de la conducta de la sociedad 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.

5. Establecido lo anterior resulta ya inevitable afirmar, en idéntico pronunciamiento que las resoluciones de fecha 25 de noviembre de 2020 (4.ª y 5.ª), que el registrador no puede, ni esta Dirección General en alzada, resolver sobre la mala fe de una de las partes del procedimiento, ni sobre el ejercicio abusivo de un derecho ni sobre la concurrencia de fraude de ley.

Es doctrina muy consolidada de esta Dirección que siendo indiscutible que nuestro ordenamiento jurídico no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo pues el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización de buena fe (art. 7 del Código Civil), también lo es que la apreciación de tales circunstancias resulta imposible en 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 o impertinencia 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 (art. 117 de la constitución Española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y resoluciones de esta Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública 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, entre otras muchas).

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid núm. 18, don Vicente Carbonell Serrano dictó resolución en fecha 1 de septiembre de 2020.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 23 de diciembre de 2020 (2.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 28 de diciembre de 2020 (1.ª)

En el expediente 107/2020 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Pro-Team Olesa, S.L.»

HECHOS

I

Don J.M.C. presenta un escrito de fecha 10 de diciembre de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, con entrada el día 7 de enero de 2020, en el que solicita, 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 ostenta en la

sociedad Pro-Team Olesa S.L., como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación al amparo del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

Fundamenta su solicitud en los siguientes extremos de acuerdo a la documentación que se acompaña, tras ser requerido al efecto por el Registro Mercantil:

a) Que la junta general de socios celebrada el día 27 de junio de 2019 aprobó las cuentas correspondientes al ejercicio 2018 sin que se destinase al pago de dividendo el mínimo establecido en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. De copia simple autorizada por el notario de Olesa de Montserrat don Leopoldo García Oquendo el día 6 de junio de 2019, resulta que fue requerido para levantar acta de la junta general de la sociedad a celebrar el día 27 de junio de 2019. De su diligencia de dicha fecha resulta que la junta se constituye con la presencia del cien por cien de los socios que integran la totalidad del capital social y que, tras aprobar la junta como primer punto del orden del día las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018, se aprueba igualmente la propuesta de aplicar el resultado positivo obtenido a reservas voluntarias. El hoy instante vota en contra de la propuesta.

b) Que notificó el ejercicio del derecho de separación a la sociedad mediante acta autorizada por el notario expresado en el apartado anterior de fecha 18 de julio de 2019.

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 ha presentado su solicitud con evidente mala fe y con el único deseo de llevar a la sociedad a la insolvencia. 2.º Que tal comportamiento es palmario, no admite ningún género de dudas y resulta con claridad de la copia del acta de la junta general extraordinaria celebrada el día 17 de enero de 2020 que acordó por mayoría desestimar la solicitud de separación del socio por no corresponderse las cuentas del ejercicio 2018 con la realidad al existir facturas no contabilizadas, por ser contrario el reparto de dividendo al interés de la sociedad, por ser preciso destinar el beneficio a reservas para el pago de los múltiples préstamos de que es deudor la sociedad si bien, como queda dicho, no hay beneficio. Que el socio instante no pudo votar por aplicación del artículo 190 de la Ley de Sociedades de Capital por lo que el acuerdo fue adoptado por el cien por cien de los socios con derecho al voto. Que igualmente la junta general acordó reformular las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018 que, por error contable, distorsionan la realidad, dando lugar a la actuación del instante y abocando a la sociedad a la insolvencia. Esta última propuesta fue aprobada por socios que representan el 67% del capital social. Acompañan copia del acta autorizada por el notario de Olesa de Montserrat don Leopoldo García Oquendo el día 16 de enero de 2020 por la que fue requerido para levantar el acta de la junta general a celebrar el día 17 de enero de 2020.

III

La registradora mercantil de Barcelona núm. 1, doña María Dolores Fernández Ibáñez dictó resolución en fecha 1 de julio de 2020 por la que acordó inadmitir la oposición y resolver la procedencia del nombramiento del experto solicitado para la determinación del valor razonable de participaciones de acuerdo con el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital. Tras diversas vicisitudes la resolución fue notificada a la sociedad.

IV

Don A.G.C. y don J.M.G.C., como administradores mancomunados, por escrito de fecha 16 de octubre de 2020, que tuvo entrada el día 29 inmediato posterior en el Registro Mercantil de Barcelona, interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a, resumidamente, los siguientes argumentos: 1.º Que resulta evidente que el socio instante ejercita el derecho de separación en abuso de derecho y de mala fe al poder conllevar la insolvencia de la sociedad por el hecho de no haber repartido unos pocos miles de euros. Lo importante sin embargo es que se niega el hecho habilitante del ejercicio de tal derecho pues la junta general de la sociedad ha decidido reformular las cuentas anuales del ejercicio 2018 al existir una serie de facturas no contabilizadas que suponen que la sociedad estuviese en pérdidas. 2.º Si bien es cierto que las cuentas constan depositadas en el Registro Mercantil no lo es menos que se ha convocado junta general extraordinaria para la aprobación de las cuentas reformuladas, cuya aprobación excluiría el requisito exigido por el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. Se acompaña copia de la convocatoria al socio instante.

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 de 21 de febrero y 23 de noviembre de 2001, 4 de julio de 2007 y 18 de diciembre de 2008, así como las sentencias 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, 11 de junio, 2, 4 y 23 de octubre, 6, 14, 22, 23, 26 y 28 de noviembre y 17 y 18 de diciembre de 2018 y 14 y 21 (primera y segunda) de febrero, 7, 26 (primera, segunda y tercera), 28 (primera y segunda), y 29 de marzo, 15 y 22 (primera, segunda y tercera), de abril, 10 (tercera y quinta), y 16 (primera, segunda y tercera), de mayo y 6 (tercera y sexta) y 26 (quinta y sexta), de junio, 12 de septiembre (primera y segunda), 26 de noviembre, 3 de diciembre (segunda), 12 de diciembre (primera) y 23 de diciembre (segunda) de 2019, 3 de enero (primera, segunda y tercera), 14 de enero (primera y segunda), 13 de febrero (segunda y tercera), 26 de febrero (primera, segunda, tercera y cuarta), y 12 de marzo de 2020.

1. Una sociedad de responsabilidad limitada aprueba en junta general las cuentas correspondientes al ejercicio 2018 así como la propuesta de aplicar el resultado positivo íntegramente a reservas. El socio disidente ejercita su derecho de separación e insta de Registro Mercantil la designación de experto en los términos que prevé el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital. La sociedad se opone y la registradora mercantil desestima la oposición resolviendo la procedencia del nombramiento. La sociedad recurre en los términos que resultan de los hechos.

2. Esta Dirección General entiende que, dados los términos en que se expresa el escrito de recurso es preciso recordar su reiterada doctrina sobre lo que constituye el objeto del procedimiento de designación de experto por parte del registrador mercantil.

Efectivamente, 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, 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 (art. 117 de la constitución Española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y resoluciones de este Centro en sede de designación de auditores de 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010, entre otras).

Las distintas alegaciones que lleva a cabo la sociedad y que se refieren a cuestiones de fondo exigen llevar a cabo un pronunciamiento expreso sobre lo que constituye el objeto del expediente administrativo de designación de experto independiente cuya regulación, que se encuentra en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, refleja lo limitado del conocimiento del registrador durante su tramitación y de esta Dirección General en instancia. Con carácter expreso establece el artículo 363.1del 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 así por lo limitado de su ámbito de conocimiento, limitado a la verificación de que concurren los requisitos exigidos por la Ley, y de sus medios de conocimiento.

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 y que se refiera a cuestiones ajenas al hecho de si resultan o no acreditados los requisitos legales, 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.

De contrario, no puede el recurrente pretender que este procedimiento se refiera a la concurrencia de requisitos que no son exigibles conforme a la ley y cuya posible relevancia en la posición de las partes escapa del ámbito del procedimiento y de la competencia de esta Dirección General.

3. Establecido lo anterior resulta patente que esta Dirección no puede pronunciarse, como pretende la sociedad, sobre si la conducta del socio incurre o no en abuso de derecho o en mala fe.

Como se ha razonado por extenso quedan 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. 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.

Así ocurre con el motivo que se refiere a la mala fe del solicitante o al abuso de derecho. Es doctrina muy consolidada de esta Dirección que siendo indiscutible que nuestro ordenamiento jurídico no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo pues el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización de buena fe (art. 7 del Código Civil), también lo

es que la apreciación de tales circunstancias resulta imposible en 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 (art. 117 de la constitución Española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y resoluciones de 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).

4. El mismo destino desestimatorio merece el motivo relativo a que la sociedad no ha aprobado el ejercicio del derecho de separación o que la junta general ha decidido reformular las cuentas y someterlas a nueva aprobación.

En primer lugar, porque resulta totalmente irrelevante que la junta general apruebe o no el ejercicio del derecho de separación. 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).

Como ha afirmado este Centro Directivo (*vide* resoluciones de 3 de noviembre de 2014 y 21 de enero de 2015), resulta indubitadamente de la regulación legal que el derecho de separación corresponde a los socios cuando

concurran las circunstancias previstas en la Ley (art. 346 de la Ley de Sociedades de Capital), o en los estatutos (art. 347), momento en el que pueden ejercitarlo unilateralmente sin necesidad de previo acuerdo social (art. 348), y sin perjuicio de las consecuencias que se deriven de la falta de consenso sobre el valor de las participaciones o acciones, la persona que ha de llevar a cabo la valoración o el procedimiento para llevarlo a cabo (art. 353).

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.

Así las cosas, y 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 precisa del concurso ni del asentimiento de la sociedad.

No es preciso pues un pronunciamiento previo ni de la junta general de la sociedad ni de su órgano de administración que tampoco pueden dejar sin efecto el ejercicio del derecho a posteriori. 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 en definitiva de que el procedimiento para la designación de experto independiente hurte competencia alguna de la junta general pues carece de competencia al respecto.

5. La sociedad pretende enervar la solicitud del socio que se separa afirmando que las pérdidas de la sociedad durante el ejercicio 2018, no reflejadas en las cuentas, provocan que la situación patrimonial sea muy diferente a la que muestran las cuentas aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil.

Dejando de lado el hecho, muy relevante, de que las cuentas constan depositadas en el Registro Mercantil, la postura de la sociedad es inadmisible. Consta en acta notarial que la administración de la sociedad ha formulado unas cuentas; consta que ha convocado a la junta para la aprobación de esas

cuentas lo que efectivamente ocurre; 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 y aprobadas no reflejan la realidad patrimonial de la sociedad su obligación es reformularlas y someterlas nuevamente a la aprobación de la junta general.

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 (art. 2.3 CC) dentro de los límites de seguridad que señala el artículo 9.3 de la Constitución…».

Con mayor contundencia la Sentencia de 18 de octubre de 2012 afirma: «… la primera premisa de la que debemos partir es que nuestro sistema admite de forma expresa que las sociedades mercantiles adopten acuerdos que dejen sin efecto los anteriores, mediante la adopción de otros para revocar expresamente los adoptados o mediante la adopción de otros incompatibles. Ello, sin perjuicio de que, como indica la sentencia 32/2006, de 23 de enero (RJ 2006, 256), no existe un «derecho al arrepentimiento» con proyección sobre derechos adquiridos por terceros e incluso por socios a raíz del acuerdo revocado…».

Como pone de relieve la reciente resolución de 17 de abril de 2017 de este Centro Directivo en materia de recursos contra las calificaciones de los registradores, de la doctrina jurisprudencial expuesta resulta que el acuerdo revocatorio de otro anterior no puede perjudicar ni alterar situaciones jurídicas con proyección sobre intereses de tercero, pues de otro modo quedaría en manos de la propia sociedad el ejercicio de los derechos individuales que al socio otorga el ordenamiento jurídico.

Desde un punto de vista meramente contable, establece el artículo 26 de la Resolución de 5 de marzo de 2019, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se desarrollan los criterios de presentación de los instrumentos financieros y otros aspectos contables relacionados con la regulación mercantil de las sociedades de capital, lo siguiente: «La subsanación de un error contable incurrido en un ejercicio anterior al que se refieran las cuentas anuales, en todo caso, se contabilizará en las cuentas anuales del ejercicio en que se

advierta siguiendo la norma de registro y valoración sobre cambios en criterios contables, errores y estimaciones contables del Plan General de Contabilidad o del Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas.

A estos efectos, se entiende por errores las omisiones o inexactitudes en las cuentas anuales de ejercicios anteriores por no haber utilizado, o no haberlo hecho adecuadamente, información fiable que estaba disponible cuando se formularon y que la sociedad podría haber obtenido y tenido en cuenta en la formulación de dichas cuentas.»

En definitiva, ni desde un punto de vista contable ni desde un punto de vista sustantivo puede pretenderse, como hace el escrito de recurso, que la reformulación de las cuentas anuales produzca efectos respecto a lo aprobado en un ejercicio anterior y en perjuicio de quien ejerció un derecho en función del contenido anterior a aquella.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Barcelona núm. 1, doña María Dolores Fernández Ibáñez de fecha 1 de julio de 2020.

Atendiendo a las circunstancias de hecho y a los Fundamentos de Derecho expuestos, esta Dirección General ha acordado 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 pone fin a la vía administrativa.

De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 28 de diciembre de 2020 (1.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 30 de diciembre de 2020 (1.ª)

En el expediente 110/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Garrido y Sánchez, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….., en nombre y representación de don ….. en virtud de poder otorgado ante el Notario de Santa fe, don José Miguel González Ardid, de fecha 24 de agosto de 2016 (copia del cual se acompaña), presentó escrito de fecha 25 de agosto de 2020, dirigido al Registro Mercantil de Granada, en el que tuvo su entrada el mismo, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como herederos de doña ….., titular con carácter ganancial de más del 5% del capital social de «Garrido y Sánchez, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

II

Por oficio del Registro Mercantil de Granada de fecha 25 de agosto de 2020 se da traslado a la sociedad de la solicitud presentada. Dicha notificación es devuelta el día 27 de septiembre por el motivo de «dirección incorrecta».

En fecha 9 de septiembre de 2020 comparece en el Registro Mercantil de Granada don ….., administrador único de la sociedad, dándose por notificado.

La sociedad formula oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito de fecha 11 de septiembre de 2020, presentado el día 14 de septiembre, alegando, en esencia, la extemporaneidad de la solicitud, así como la falta de legitimación del solicitante. Acompaña copia del libro de familia y del certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad de la causante, doña …

Mediante diligencia para mejor proveer de fecha 22 de septiembre de 2020, el Registro Mercantil de Granada, requiere a las partes para que aporten copias originales de los referidos documentos, así como para que ambas partes alegasen lo que estimen oportuno, incluida la posibilidad de adhesión a la solicitud de los posibles herederos.

Tal requerimiento es atendido por la mercantil en fecha 13 de octubre de 2020, mediante escrito de 9 de octubre suscrito por el administrador único, don ….., acompañando para su cotejo Libro de Familia del matrimonio formado por los señores ….. y ….., certificado de defunción de la señora ….., y certificado negativo del RGAUV de la misma al no haber otorgado testamento.

En fecha 16 de octubre de 2020, doña ….., doña ….. y doña …..atienden al referido requerimiento adhiriéndose a la solicitud formulada por su padre don …

III

La registradora mercantil de Granada, doña María Cristina Palma López, dictó resolución en fecha 23 de octubre de 2020 por la que acordó proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ….., en su condición de administrador único de la mercantil, por escrito de fecha 16 de noviembre de 2020, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Gra-

nada, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, alegando la falta de legitimidad de los solicitantes, ya que el solicitante era dueño con carácter ganancial de las participaciones sociales, dando lugar por tanto a una comunidad postganancial; la extemporaneidad de la solicitud, así como la mala fe de la solicitante al pretender, con la presente solicitud, obtener el control de la sociedad.

Don ….., en su condición de administrador único de la mercantil, por escrito de fecha 15 de diciembre de 2020, contesta las alegaciones formuladas por las solicitantes.

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 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, 392 y siguientes del Código Civil, así como las resoluciones judiciales y de esta Dirección General citadas en el texto.

1. Son tres las cuestiones que se plantean en este expediente: la legitimación de los solicitantes, la extemporaneidad de la solicitud, y la posible concurrencia de mala fe por parte de los mismos.

En el presente expediente en el que se dan las siguientes circunstancias, que han quedado debidamente acreditadas:

a) Los señores ….. y ….. eran titulares con carácter ganancial de las participaciones sociales. La señora ….. falleció intestada, sin haberse liquidado la sociedad de gananciales, surgiendo, por tanto, una comunidad postganancial integrada por el cónyuge viudo y sus cinco hijos, conforme queda acreditado.

b) Los solicitantes son el cónyuge viudo y tres de los cinco hijos.

c) Según se deduce del expediente, la sociedad de gananciales no se ha liquidado y la herencia se encuentra sin aceptar por los herederos intestados.

d) La petición de auditor se encuentra formulada por el cónyuge viudo y la mayoría de los componentes de los llamados a la comunidad hereditaria de la socia fallecida.

2. 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.

3. 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 (art. 27 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada), o que se acredite frente a la sociedad, mediante documento

público o escritura pública, que se es titular de los derechos políticos derivados de dichas participaciones (art. 26 de la Ley especial)». Y continúa: «El hecho de que el titular de las participaciones sociales, como ocurre en el caso de autos, se halle casado bajo el régimen de sociedad de gananciales, no hace más que otorgar una serie de derechos al cónyuge no titular sobre el valor económico de tales participaciones a percibir dividendos, a una cuota determinada del valor de realización de las participaciones al momento de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, pero no le otorga derechos políticos frente a la sociedad salvo representación del titular (art. 49 de la Ley especial). Pero es que, aunque no fuera así y se considerara la existencia de una cotitularidad compartida sobre las participaciones, entraría en juego lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley especial, para supuestos de cotitularidad o copropiedad de participaciones, esto es, los cónyuges copartícipes habrían de designar una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio, designación que debería notificarse a la sociedad previamente a la Junta e inscribirse en el Libro Registro de socios, en aras de la seguridad jurídica y en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 26 y 27 de la Ley especial ya citados.»

Y con toda contundencia la Audiencia Provincial de Murcia en su sentencia de 19 de octubre de 2004: «…los títulos valores tienen dos facetas, una patrimonial y otra societaria, la primera comprendería la relación interna, esto es, la titularidad real, que en este caso es la sociedad ganancial, y la segunda afecta a su vertiente externa, la actuación frente a terceros, en que necesariamente ha de intervenir una sola persona física o jurídica…» Y termina: «Además, la solución es coherente con lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, que expresamente ordena que, en los supuestos de cotitularidad de derechos sobre participaciones, los cotitulares habrán de designar a una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio. Esta tesis viene confirmada por la Dirección General de Registros y del Notariado, en resolución de 25 de mayo de 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.»

4. De la anterior doctrina jurisdiccional pueden deducirse las siguientes conclusiones:

a) La condición de socio va unida a la titularidad de acciones o participaciones.

b) El ejercicio de los derechos inherentes a la condición de socio corresponde al titular de acciones o participaciones a salvo los supuestos de representación.

c) El carácter ganancial de las acciones o participaciones de un socio no altera este esquema de cosas sin perjuicio de las consecuencias patrimoniales entre cónyuges y del ejercicio de las acciones que pudieran corresponder en supuestos de fraude o daño (arts. 1390 y 1391 del Código Civil).

d) En caso de cotitularidad de acciones o participaciones sociales, los cotitulares deben designar a una sola persona para el ejercicio de los derechos inherentes a la condición de socio conforme al artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital (*vide* sentencia 727/2012 de 8 noviembre de la Audiencia Provincial de Murcia en cuanto a los límites del mandato). Cuando las participaciones o acciones pertenecen a ambos cónyuges con carácter ganancial se aplica la misma regla (*vide* sentencia 286/2013 de 11 diciembre de la Audiencia Provincial de Toledo).

5. 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.

6. 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.

7. 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).

8. 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).

9. Ante una situación como la descrita de herencia deferida, no aceptada y ni 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, 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 auditoria (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).

10. De los hechos expuestos al principio de la presente, así como del propio fundamento derecho 1, resulta que las participaciones de que era titular la socia fallecida se integran en la comunidad hereditaria, pendiente la liquidación de la sociedad de gananciales, constituida por los cinco referidos hijos, sin que dicha titularidad haya sido discutida por la sociedad.

De conformidad con la doctrina expuesta en los considerandos anteriores procede la desestimación del presente motivo de recurso dada la concurrencia del requisito de reunirse el consentimiento, junto al del cónyuge viudo, de la mayoría de los llamados a la comunidad hereditaria, que constituyen a su vez una mayoría de cuotas.

11. Respecto del segundo motivo de recurso, es decir, la extemporaneidad de la solicitud hay que comenzar por recordar lo que disponen los artículos 253.1 y 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Así, el primero de los artículos citados establece que «los administradores de la sociedad están obligados a formular, en el plazo máximo de tres meses contados a partir del cierre del ejercicio social, las cuentas anuales, el informe de gestión, que incluirá, cuando proceda, el estado de información no financiera, y la propuesta de aplicación del resultado, así como, en su caso, las cuentas y el informe de gestión consolidados». Por su parte, el artículo 265.2 del Texto Refundido señalado dispone que «en las sociedades que no estén obligadas a someter las cuentas anuales a verificación por un auditor, los socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social podrán solicitar del registrador mercantil del domicilio social que, con cargo a la sociedad, nombre un auditor de cuentas para que efectúe la revisión de las cuentas anuales de un determinado ejercicio siempre que no hubieran transcurrido tres meses a contar desde la fecha de cierre de dicho ejercicio».

Por otro lado, por la Disposición final 8.ª del Real Decreto-Ley 19/2020, de 26 de mayo, se han modificado los apartados 3 y 5 del artículo 40 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, viniendo a establecer que la obligación de formular las cuentas anuales, ordinarias o abreviadas, individuales o consolidadas, en el plazo de tres meses a contar desde el cierre del ejercicio social queda suspendida hasta el 1 junio de 2020, reanudándose de nuevo por otros tres meses a contar desde esa fecha. En este sentido, la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública 5 de junio de 2020, citada en los vistos, señala que «…la nueva redacción del precepto fija un día concreto, el día 1 de junio de 2020, para el inicio del cómputo del plazo de tres meses para la formulación de las cuentas anuales correspondientes al último ejercicio cerrado por una sociedad de capital y fija el plazo de dos meses desde su transcurso para la aprobación de las cuentas anuales formuladas. Esta Dirección General considera que el plazo se computa en los mismos términos en que se computa el plazo previsto en la Ley de Sociedades de Capital para la formulación de las cuentas, para su aprobación por la junta general y para su depósito en el Registro Mercantil. Al igual que ocurre en el supuesto de cierre de ejercicio social en que el primer día para la formulación de las cuentas es el siguiente al último del mes correspondiente al fin del ejercicio, 1 de enero para las sociedades cuyo cierre se produce el 31 de diciembre de cada año, la norma a que se refiere la consulta fija el día 1 de junio de 2020 como día inicial para el cómputo del plazo de tres meses para la formulación de las cuen-

tas, siendo el día final o dies ad quem, el día 31 de agosto de 2020. A los plazos restantes se les aplica la misma lógica, a salvo lo que se dirá para el cierre de la hoja social…». Continúa afirmando la Dirección General en la consulta en cuestión que «Esta es la interpretación más acorde con la legislación ordinaria y con la propia exposición de motivos del Real Decreto-Ley 19/2020, de 26 de mayo que se expresa en los siguientes términos: «Adicionalmente, se reduce de tres a dos meses el plazo para aprobar las cuentas anuales desde la formulación, con lo que las empresas dispondrán antes de unas cuentas aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil y se armoniza dicho plazo para todas las sociedades, sean o no cotizadas, en modo tal que todas deberán tener las cuentas aprobadas dentro de los diez primeros meses del ejercicio.».

Estas mismas razones de interpretación acorde con la legislación citada y analogía –artículo 4.1 del Código Civil– llevan consigo que en el caso que nos ocupa, de solicitud efectuada conforme al artículo 265.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, se considere que el plazo de tres meses a contar desde el cierre del ejercicio social quede suspendido hasta el 1 junio de 2020 y que, en consecuencia, dicho plazo se inicie en tal fecha y concluya el 31 de agosto de 2020. Es más, la propia resolución de consulta llega a afirmar, como ya se ha expresado que «A los plazos restantes se les aplica la misma lógica, a salvo lo que se dirá para el cierre de la hoja social». En definitiva, suspendido el plazo en los términos expresados hasta el 1 de junio de 2020 y presentado el escrito de solicitud de nombramiento de auditor con fecha 19 de agosto, es evidente que se encuentra presentado el mismo tempestivamente. Por tanto, el motivo de recurso no puede ser estimado.

12. Por último, en relación a la alegación de mala fe y el ánimo desleal por parte de la solicitante al pretender obtener el control de la sociedad, no pueden imponerse al derecho individual del socio a que las cuentas del ejercicio sean objeto de auditoría.

Así, es doctrina consolidada de esta Dirección que siendo indiscutible que nuestro ordenamiento jurídico no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo por lo que el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización de buena fe (art. 7 del Código Civil), también lo es que la apreciación de tales circunstancias resulta imposible en un procedimiento como el presente cuyo limitado conocimiento material y competencial lo impide, sin perjuicio del derecho de los interesados a acudir a los Tribunales de Justicia en defensa de su posición jurídica (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010 y 11 de marzo de 2014, entre otras).

Como se ha afirmado de manera uniforme por este Centro Directivo, el objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital prevé para que se acuerde la pertinencia de nombramiento de auditor a instancia de la minoría.

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

Directamente relacionado con lo anterior, el interés del socio que reclama el nombramiento de auditor no es ni puede ser objeto de valoración en el estrecho ámbito de este expediente. Como es doctrina reiterada (*vide* resoluciones de 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010, entre otras), el objeto de este procedimiento se limita a determinar si concurren o no los requisitos legales para la procedencia de nombramiento de auditor a instancia de la minoría sin que dentro de su estrecho cauce pueda pretenderse el conocimiento de otras materias reservadas a otras Administraciones o a los Tribunales de Justicia (arts. 354.3 y 359 del Reglamento del Registro Mercantil). Si la parte recurrente plantea cuestiones que tienen por objeto la valoración de la conducta de las solicitantes debe actuar en la instancia que en cada caso sea competente sin que puedan impedir que las socias ejerciten debidamente el derecho que les 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.

13. 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, procede el nombramiento solicitado de auditor que efectúe la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2019.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Granada, doña María Cristina Palma López, de fecha 23 de octubre de 2020, 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 pone fin a la vía administrativa.

De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mer-

cantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 30 de diciembre de 2020 (1.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 30 de diciembre de 2020 (3.ª)

En el expediente 93/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Valdivieco Motor, S.L.».

HECHOS

I

Don ….. presentó escrito de fecha 11 de agosto de 2020, dirigido al Registro Mercantil de Valladolid, en el que tuvo su entrada el día 12 de agosto del mismo año, 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 la mercantil «Valdivieco Motor, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución 14 de agosto de 2020 para que, en caso de considerarlo oportuno, ejercitara su derecho de oposición conforme al artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil.

III

La sociedad se opuso a la pretensión del socio por medio de escrito de fecha 24 de agosto de 2020, que tuvo su entrada en el Registro Mercantil el día 25 de agosto de 2020, suscrito por Don …..., en su condición de administrador único de la mercantil, alegando, en esencia:

1.º Encontrarse ya aprobadas las cuentas anuales del ejercicio 2019 en la junta general celebrada el 6 de agosto de 2020.

2.º Mala fe del socio solicitante.

IV

La registradora mercantil de Valladolid, doña María Esther Pérez Ruiz, dictó resolución de fecha 1 de octubre de 2020, por la que resuelve la procedencia del nombramiento de auditor solicitado para la verificación del ejercicio contable 2019 de la sociedad «Valdivieco Motor, S.L.».

V

Don ….., en nombre y representación de la mercantil, en su condición de administrador único de la misma, interpuso recurso ante esta Dirección General contra dicha resolución de 1 de octubre, reiterando los argumentos expuestos en el escrito de oposición anteriormente referido, que se dan por reproducidos.

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, 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, Resolución de consulta de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de fecha 10 de abril de 2020, Disposición Final 8.ª del Real Decreto-Ley 19/2020, 26 de mayo, Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública 5 de junio de 2020 de consulta sobre interpretación del artículo 40.3 y.5 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo en relación al plazo de formulación de cuentas anuales de sociedades de capital y de depósito en sociedades no cotizadas, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. En primer lugar, con carácter formal, conviene recordar aquí lo que este Centro Directivo ya ha resuelto en materia de plazos en relación con el conocido como Covid-19. En este sentido, cabe analizar lo que disponen los artículos 253.1 y 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Así, el primero de los artículos citados establece que «los administradores de la sociedad están obligados a formular, en el plazo máximo de tres meses contados a partir del cierre del ejercicio social, las cuentas anuales, el informe de gestión, que incluirá, cuando proceda, el estado de información no financiera, y la propuesta de aplicación del resultado, así como, en su caso, las cuentas y el informe de gestión consolidados». Por su parte, el artículo 265.2 del Texto Refundido señalado dispone que «en las sociedades que no estén obligadas a someter las cuentas anuales a verificación por un auditor, los socios que repre-

senten, 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».

Por otro lado, por la Disposición final 8.ª del Real Decreto-Ley 19/2020, de 26 de mayo, se han modificado los apartados 3 y 5 del artículo 40 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, viniendo a establecer que la obligación de formular las cuentas anuales, ordinarias o abreviadas, individuales o consolidadas, en el plazo de tres meses a contar desde el cierre del ejercicio social queda suspendida hasta el 1 junio de 2020, reanudándose de nuevo por otros tres meses a contar desde esa fecha. En este sentido, la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública 5 de junio de 2020, citada en los vistos, señala que «…la nueva redacción del precepto fija un día concreto, el día 1 de junio de 2020, para el inicio del cómputo del plazo de tres meses para la formulación de las cuentas anuales correspondientes al último ejercicio cerrado por una sociedad de capital y fija el plazo de dos meses desde su transcurso para la aprobación de las cuentas anuales formuladas. Esta Dirección General considera que el plazo se computa en los mismos términos en que se computa el plazo previsto en la Ley de Sociedades de Capital para la formulación de las cuentas, para su aprobación por la junta general y para su depósito en el Registro Mercantil. Al igual que ocurre en el supuesto de cierre de ejercicio social en que el primer día para la formulación de las cuentas es el siguiente al último del mes correspondiente al fin del ejercicio, 1 de enero para las sociedades cuyo cierre se produce el 31 de diciembre de cada año, la norma a que se refiere la consulta fija el día 1 de junio de 2020 como día inicial para el cómputo del plazo de tres meses para la formulación de las cuentas, siendo el día final o dies ad quem, el día 31 de agosto de 2020. A los plazos restantes se les aplica la misma lógica, a salvo lo que se dirá para el cierre de la hoja social…». Continúa afirmando la Dirección General en la consulta en cuestión que «Esta es la interpretación más acorde con la legislación ordinaria y con la propia exposición de motivos del Real Decreto-Ley 19/2020, de 26 de mayo que se expresa en los siguientes términos: «Adicionalmente, se reduce de tres a dos meses el plazo para aprobar las cuentas anuales desde la formulación, con lo que las empresas dispondrán antes de unas cuentas aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil y se armoniza dicho plazo para todas las sociedades, sean o no cotizadas, en modo tal que todas deberán tener las cuentas aprobadas dentro de los diez primeros meses del ejercicio.».

Estas mismas razones de interpretación acorde con la legislación citada y analogía –art. 4.1 del Código Civil– llevan consigo que en el caso de solicitud efectuada conforme al artículo 265.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, se considere que el plazo de tres meses a contar desde el cierre del ejercicio social quede suspendido hasta el 1 junio de 2020 y que, en

consecuencia, dicho plazo se inicie en tal fecha y concluya el 31 de agosto de 2020. Es más, la propia resolución de consulta llega a afirmar, como ya se ha expresado que «A los plazos restantes se les aplica la misma lógica, a salvo lo que se dirá para el cierre de la hoja social». En definitiva, suspendido el plazo en los términos expresados hasta el 1 de junio de 2020 y presentado el escrito de solicitud de nombramiento de auditor con fecha 11 de agosto de 2020, es evidente que se encuentra presentado el mismo tempestivamente.

2. En cuanto al fondo del asunto, se plantea en el presente expediente si es procedente el nombramiento de auditor para verificar las cuentas correspondientes al ejercicio 2019 cuando las cuentas ya han sido aprobadas; en concreto, y según resulta del expediente, las cuentas, se dice, fueron aprobadas con fecha 6 de agosto de 2020 y la solicitud del socio para nombramiento de auditor fue presentada en el registro mercantil con fecha 12 de agosto del mismo año.

El recurso no puede prosperar por el motivo alegado. En primer lugar, respecto de la falta de formulación de cuentas es doctrina reiterada de este Centro Directivo que el hecho de que las cuentas se encuentren o no formuladas en nada afecta al derecho de socio minoritario a poder solicitar el nombramiento de auditor al amparo de lo previsto en el artículo 265.2 LSC (por todas RDGRN de 13 y 14 de junio de 2017), quedando limitado el ámbito de calificación en el presente expediente a la concurrencia de los requisitos objetivos previstos como presupuestos del mismo, sin que dentro de su estrecho cauce pueda pretenderse el conocimiento de otras materias reservadas a otras Administraciones o a los Tribunales de Justicia (arts. 354.3 y 359 del Reglamento del Registro Mercantil). Si la parte recurrente plantea cuestiones que tienen por objeto la valoración de la conducta del solicitante o cuestiones relativas a la situación contable o económica de la mercantil 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 como resulta claramente del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

Para el supuesto como el que es objeto de este expediente, y según se deduce del mismo, en el que las cuentas se encuentran ya aprobadas por la junta general, pero aún no depositadas, y existiendo solicitud de nombramiento por parte del socio minoritario con posterioridad a la aprobación, pero antes de su depósito, no es óbice para que dicho socio ejerza su derecho a solicitar nombramiento de auditor, que sólo decaerá, a falta de inscripción en el Registro Mercantil de la designación de auditor voluntario, por aportación al expediente del informe de verificación o la justificación de que el mismo ha sido entregado al socio solicitante, lo que no ha tenido lugar a la vista del expediente obrante en esta Dirección General, y hallándose la solicitud en plazo, como se ha expresado más arriba.

3. En cuanto a la alegación relativa a la mala fe por parte del socio solicitante, no puede imponerse al derecho individual del socio a que las cuentas del ejercicio sean objeto de auditoría.

Así, es doctrina consolidada de esta Dirección que siendo indiscutible que nuestro ordenamiento jurídico no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo por lo que el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización de buena fe (art. 7 del Código Civil), también lo es que la apreciación de tales circunstancias resulta imposible en un procedimiento como el presente cuyo limitado conocimiento material y competencial lo impide, sin perjuicio del derecho de los interesados a acudir a los Tribunales de Justicia en defensa de su posición jurídica (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010 y 11 de marzo de 2014, entre otras).

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

Directamente relacionado con lo anterior, el interés del socio que reclama el nombramiento de auditor no es ni puede ser objeto de valoración en el estrecho ámbito de este expediente. Como es doctrina reiterada (*vide* resoluciones de 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010, entre otras), el objeto de este procedimiento se limita a determinar si concurren o no los requisitos legales para la procedencia de nombramiento de auditor a instancia de la minoría sin que dentro de su estrecho cauce pueda pretenderse el conocimiento de otras materias reservadas a otras Administraciones o a los Tribunales de Justicia (arts. 354.3 y 359 del Reglamento del Registro Mercantil). Si la parte recurrente plantea cuestiones que tienen por objeto la valoración de la conducta del solicitante debe actuar en la instancia que en cada caso sea competente sin que puedan impedir que el socio ejercite debidamente el derecho que le reconoce el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. Consecuentemente, y por disposición expresa de la Ley, si concurren los requisitos legalmente establecidos prevalece el derecho del socio minoritario, aunque su ejercicio suponga para la sociedad un coste económico como resulta claramente del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

4. 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 el plazo legalmente establecido para deducir su solicitud en los términos expresados, procede el nombramiento solicitado de auditor que efectúe la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2019.

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 1 de octubre de 2020, por la que resuelve la procedencia del nombramiento solicitado, todo ello 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 pone fin a la vía administrativa.

De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 30 de diciembre de 2020 (3.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 30 de diciembre de 2020 (4.ª)

En el expediente 108/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Poliester Casariche, S.L.».

HECHOS

I

Doña ….., Don ….., doña …..y don ….., como miembros de la comunidad hereditaria surgida por el óbito de don ….., designada además doña …..por los expresados señores como persona para el ejercicio de los derechos de socio sobre las indicadas participaciones conforme a lo dispuesto en el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital, según resulta

de la propia solicitud inicial, presentaron escrito de fecha 31 de agosto de 2020, dirigido al Registro Mercantil de Sevilla, en el que tuvo su entrada el mismo día 31 de agosto del citado año, y en el que solicitaron, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, y como titulares de más del 5% del capital social de la mercantil «Poliester Casariche, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

Con dicho escrito se acompaña por los solicitantes la documentación que se estima oportuna.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 2 de septiembre de 2020 para que, en caso de considerarlo oportuno, ejercitara su derecho de oposición conforme al artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil. Del expediente obrante en esta Dirección General no resulta haberse ejercitado dicho derecho de oposición.

III

El registrador mercantil de Sevilla II, don Juan José Pretel Serrano, dictó resolución de fecha 6 de octubre de 2020, por la que resuelve designar como auditor de cuentas para la sociedad en cuestión a don ….., auditoría a realizar que se limitará a las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

IV

El registrador mercantil de Sevilla II, don Juan José Pretel Serrano, por medio de escrito de fecha 20 de octubre de 2020 comunica a los solicitantes que «no procede el nombramiento de auditor por ustedes solicitado toda vez que, consultados los libros del archivo a mi cargo, resulta que las cuentas anuales respecto a las que se solicita la auditoría fueron depositadas en este Registro con fecha tres de agosto de igual año».

Asimismo, obra en el expediente comunicación de dicho registrador de fecha 20 de octubre de 2020 en la que se hace constar que «queda sin efecto la designación como auditor que en su persona fue realizada por este Registro, con fecha seis de octubre de dos mil veinte, para auditar las cuentas correspondientes al ejercicio 2019 de la sociedad «Poliester Casariche, S.L.», toda vez que consultados los libros de archivo a mi cargo, resulta que dichas cuentas fueron depositadas con fecha tres de agosto de dos mil veinte».

V

Por escrito fechado el 10 de noviembre de 2020, que tuvo su entrada en el Registro Mercantil de Sevilla el día 11 del mismo mes y año, doña ….., en nombre de la comunidad constituida a que se refiere el antecedente de hecho I, interpuso recurso ante esta Dirección General contra dicha resolución de 20 de octubre de 2020, solicitando de este Centro Directivo se declare haber lugar al nombramiento de auditor pretendido y acordando, simultáneamente, la suspensión del expediente, hasta tanto en cuanto el órgano jurisdiccional competente resuelva sobre la validez o no de la Junta General Universal de fecha 30 de junio de 2020 en la que, según certificación expedida por el administrador único de la mer-

cantil «Poliester Casariche, S.L.» se aprobaron las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019. Todo ello, según manifiesta la recurrente, por ser la solución más tuitiva de los derechos de los socios minoritarios y de la sociedad.

En concreto, y según se deduce del escrito de recurso y manifestaciones de la recurrente:

1. Que fue convocada Junta General ordinaria para el día 17 de septiembre de 2020 para tratar, entre otros puntos del Orden del día: propuesta y, en su caso, formulación de las cuentas anuales del ejercicio 2019 y de la propuesta de aplicación del resultado.
2. Que antes de la celebración de la antedicha Junta General, con fecha 31 de agosto de 2020, se efectuó solicitud de nombramiento de auditor.
3. Que con fecha 3 de agosto de 2020 fueron depositadas las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019, a virtud de certificación de Junta Universal de fecha 30 de junio de 2020, no pudiendo considerarse como universal dicha junta, según manifiesta la recurrente, al no haber asistido a la misma la totalidad del capital social.
4. Que la recurrente no ha tenido tiempo de interponer las acciones judiciales pertinentes, si bien, esto no debe justificar la denegación del nombramiento de auditor y simultánea suspensión del expediente hasta tanto en cuanto el órgano jurisdiccional competente resuelva sobre la validez o no de la Junta General Universal de fecha 30 de junio de 2020.
5. Que en la Junta General fechada el 17 de septiembre de 2020, posterior a la solicitud de nombramiento, han sido aprobadas las cuentas anuales de la sociedad correspondientes al ejercicio 2019.

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, 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, Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, Resolución de consulta de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de fecha 10 de abril de 2020, Disposición Final 8.ª del Real Decreto-Ley 19/2020, 26 de mayo, Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública 5 de junio de 2020 de consulta sobre interpretación del artículo 40.3 y.5 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo en relación al plazo de formulación de cuentas anuales de sociedades de capital y de depósito en sociedades no cotizadas, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. En primer lugar, con carácter formal, conviene recordar aquí lo que este Centro Directivo ya ha resuelto en materia de plazos en relación con el conocido como Covid-19. En este sentido, cabe analizar lo que disponen los

artículos 253.1 y 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Así, el primero de los artículos citados establece que «los administradores de la sociedad están obligados a formular, en el plazo máximo de tres meses contados a partir del cierre del ejercicio social, las cuentas anuales, el informe de gestión, que incluirá, cuando proceda, el estado de información no financiera, y la propuesta de aplicación del resultado, así como, en su caso, las cuentas y el informe de gestión consolidados». Por su parte, el artículo 265.2 del Texto Refundido señalado dispone que «en las sociedades que no estén obligadas a someter las cuentas anuales a verificación por un auditor, los socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social podrán solicitar del registrador mercantil del domicilio social que, con cargo a la sociedad, nombre un auditor de cuentas para que efectúe la revisión de las cuentas anuales de un determinado ejercicio siempre que no hubieran transcurrido tres meses a contar desde la fecha de cierre de dicho ejercicio».

Por otro lado, por la Disposición final 8.ª del Real Decreto-Ley 19/2020, de 26 de mayo, se han modificado los apartados 3 y 5 del artículo 40 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, viniendo a establecer que la obligación de formular las cuentas anuales, ordinarias o abreviadas, individuales o consolidadas, en el plazo de tres meses a contar desde el cierre del ejercicio social queda suspendida hasta el 1 junio de 2020, reanudándose de nuevo por otros tres meses a contar desde esa fecha. En este sentido, la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública 5 de junio de 2020, citada en los vistos, señala que «…la nueva redacción del precepto fija un día concreto, el día 1 de junio de 2020, para el inicio del cómputo del plazo de tres meses para la formulación de las cuentas anuales correspondientes al último ejercicio cerrado por una sociedad de capital y fija el plazo de dos meses desde su transcurso para la aprobación de las cuentas anuales formuladas. Esta Dirección General considera que el plazo se computa en los mismos términos en que se computa el plazo previsto en la Ley de Sociedades de Capital para la formulación de las cuentas, para su aprobación por la junta general y para su depósito en el Registro Mercantil. Al igual que ocurre en el supuesto de cierre de ejercicio social en que el primer día para la formulación de las cuentas es el siguiente al último del mes correspondiente al fin del ejercicio, 1 de enero para las sociedades cuyo cierre se produce el 31 de diciembre de cada año, la norma a que se refiere la consulta fija el día 1 de junio de 2020 como día inicial para el cómputo del plazo de tres meses para la formulación de las cuentas, siendo el día final o dies ad quem, el día 31 de agosto de 2020. A los plazos restantes se les aplica la misma lógica, a salvo lo que se dirá para el cierre de la hoja social…». Continúa afirmando la Dirección General en la consulta en cuestión que «Esta es la interpretación más acorde con la legislación ordinaria y con la propia exposición de motivos del Real Decreto-Ley 19/2020, de 26 de mayo que se expresa en los siguientes términos: «Adicionalmente, se reduce de tres a dos meses el plazo para aprobar las cuentas

anuales desde la formulación, con lo que las empresas dispondrán antes de unas cuentas aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil y se armoniza dicho plazo para todas las sociedades, sean o no cotizadas, en modo tal que todas deberán tener las cuentas aprobadas dentro de los diez primeros meses del ejercicio.».

Estas mismas razones de interpretación acorde con la legislación citada y analogía –art. 4.1 del Código Civil– llevan consigo que en el caso de solicitud efectuada conforme al artículo 265.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, se considere que el plazo de tres meses a contar desde el cierre del ejercicio social quede suspendido hasta el 1 junio de 2020 y que, en consecuencia, dicho plazo se inicie en tal fecha y concluya el 31 de agosto de 2020. Es más, la propia resolución de consulta llega a afirmar, como ya se ha expresado que «A los plazos restantes se les aplica la misma lógica, a salvo lo que se dirá para el cierre de la hoja social». En definitiva, suspendido el plazo en los términos expresados hasta el 1 de junio de 2020 y presentado el escrito de solicitud de nombramiento de auditor con fecha 31 de agosto de 2020 –último día del plazo como se ha indicado–, el mismo se encuentra presentado tempestivamente.

2. En cuanto al fondo del asunto, se plantea en el presente expediente si, como pretende la recurrente, es procedente el nombramiento de auditor para verificar las cuentas correspondientes al ejercicio 2019 cuando las cuentas ya han sido depositadas; en concreto, y según resulta expresamente del expediente –antecedente de hecho IV–, las cuentas fueron depositadas en el Registro con fecha 3 de agosto de 2020 mientras que la solicitud del socio para nombramiento de auditor de cuentas fue presentada en el registro mercantil con fecha 31 de agosto del mismo año, por tanto, con posterioridad a su depósito.

El recurso no puede prosperar por el motivo alegado. En principio, con carácter general, y respecto de la falta de formulación de cuentas es doctrina reiterada de este Centro Directivo que el hecho de que las cuentas se encuentren o no formuladas en nada afecta al derecho de socio minoritario a poder solicitar el nombramiento de auditor al amparo de lo previsto en el artículo 265.2 LSC (por todas RDGRN de 13 y 14 de junio de 2017), quedando limitado el ámbito de calificación en el presente expediente a la concurrencia de los requisitos objetivos previstos como presupuestos del mismo, sin que dentro de su estrecho cauce pueda pretenderse el conocimiento de otras materias reservadas a otras Administraciones o a los Tribunales de Justicia (arts. 354.3 y 359 del Reglamento del Registro Mercantil).

Para el supuesto como el que es objeto del presente expediente, en el que las cuentas no ya están formuladas, sino que, y según se desprende del mismo, las cuentas se encuentran ya depositadas con anterioridad a la solicitud de nombramiento, son datos a tener en cuenta los siguientes:

1. Con fecha 3 de agosto de 2020 se produce el depósito de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019 de la mercantil «Poliester Casariche, S.L.».

2. Con fecha 31 de agosto de 2020 se presenta solicitud de nombramiento de auditor para que verifique las cuentas anuales del ejercicio expresado de la sociedad en cuestión.

3. Por resolución de fecha 6 de octubre de 2020 se resuelve por el registrador mercantil designar como auditor de cuentas para el ejercicio 2019 y respecto de la sociedad expresada a don …

4. Por notificación de fecha 20 de octubre de 2020 el registrador mercantil comunica a los solicitantes la no procedencia del nombramiento de auditor solicitado toda vez que, consultados los libros del archivo a su cargo, resulta que las cuentas anuales respecto a las que se solicita la auditoría fueron depositadas en ese Registro con fecha tres de agosto de igual año.

5. Y, finalmente, en lo que aquí interesa, por escrito fechado el 10 de noviembre de 2020, se interpuso recurso ante esta Dirección General contra dicha resolución de 20 de octubre de 2020, en los términos expuestos en el antecedente de hecho V.

Así las cosas, practicado ya el depósito de las cuentas correspondientes al ejercicio solicitado decae el derecho del socio al nombramiento de auditor, no existiendo interés protegible, y encontrarse los asientos del registro bajo salvaguarda de los tribunales; lo anterior, sin perjuicio, claro está, del ejercicio de las acciones legales que el recurrente estime pertinentes.

En este sentido no cabe, como pretende la recurrente, que por esta Dirección General se declare haber lugar al nombramiento de auditor pretendido y se acuerde, simultáneamente, la suspensión del expediente, hasta tanto en cuanto el órgano jurisdiccional competente resuelva sobre la validez o no de la Junta General Universal de fecha 30 de junio de 2020 en la que, según certificación expedida por el administrador único de la mercantil «Poliester Casariche, S.L.» se aprobaron las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019, y no cabe por encontrarse ya depositadas las cuentas en cuestión, hallarse los asientos del registro bajo salvaguarda de los tribunales y anunciarse por la recurrente sin más acreditación una posible interposición de acciones contra la Junta General citada de 30 de junio de 2020 que habría dado lugar al depósito de las cuentas. Lo anterior, porque de acuerdo con 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».

3. Finalmente, en este punto, añadir que en cuanto al resto de manifestaciones de la recurrente relativas a la certificación de la Junta General que se habría celebrado el 30 de junio de 2020 y en virtud de la cual habría tenido lugar el depósito, así como las relativas a una posible impugnación de dicha Junta General, impugnación meramente anunciada y no acreditada, la apreciación de tales circunstancias resulta imposible en un procedimiento como el presente cuyo limitado conocimiento material y competencial lo impide, sin perjuicio del derecho de los interesados a acudir a los Tribunales de Justicia en defensa de su posición jurídica (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010 y 11 de marzo de 2014, entre otras).

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

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Sevilla II, don Juan José Pretel Serrano, de fecha 20 de octubre de 2020, por la que comunicaba a los solicitantes la no procedencia del nombramiento de auditor solicitado toda vez que las cuentas anuales respecto a las que se solicita la auditoría fueron depositadas con fecha tres de agosto de igual año, todo ello 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 pone fin a la vía administrativa.

De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mer-

cantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 30 de diciembre de 2020 (4.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 30 de diciembre de 2020 (5.ª)

En el expediente 84/2020 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Rees, 2010, S.L.».

HECHOS

I

Don …..presentó escrito de fecha 11 de agosto de 2020, dirigido al Registro Mercantil de Valladolid, en el que tuvo su entrada el día 12 de agosto del mismo año, 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 la mercantil «REES, 2010, S.L.» (titular, según manifiesta del 40% del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución 14 de agosto de 2020 para que, en caso de considerarlo oportuno, ejercitara su derecho de oposición conforme al artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil.

III

La sociedad se opuso a la pretensión del socio por medio de escrito de fecha 24 de agosto de 2020, que tuvo su entrada en el Registro Mercantil el día 25 de agosto de 2020, suscrito por Don ….., en su condición de administrador único de la mercantil, alegando, en esencia:

1.º Encontrarse ya aprobadas las cuentas anuales del ejercicio 2019 en la junta general celebrada el 6 de agosto de 2020.
2.º Mala fe del socio solicitante.

IV

La registradora mercantil de Valladolid, doña María Esther Pérez Ruiz, dictó resolución de fecha 1 de octubre de 2020, por la que resuelve la procedencia del nombramiento de auditor solicitado para la verificación del ejercicio contable 2019 de la sociedad «Rees, 2010, S.L.».

V

Don ….., en nombre y representación de la mercantil, en su condición de administrador único de la misma, interpuso recurso ante esta Dirección General contra dicha resolución de 1 de octubre, reiterando los argumentos expuestos en el escrito de oposición anteriormente referido, que se dan por reproducidos.

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, 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, Resolución de consulta de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de fecha 10 de abril de 2020, Disposición Final 8.ª del Real Decreto-Ley 19/2020, 26 de mayo, Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública 5 de junio de 2020 de consulta sobre interpretación del artículo 40.3 y 5 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo en relación al plazo de formulación de cuentas anuales de sociedades de capital y de depósito en sociedades no cotizadas, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. En primer lugar, con carácter formal, conviene recordar aquí lo que este Centro Directivo ya ha resuelto en materia de plazos en relación con el conocido como Covid-19. En este sentido, cabe analizar lo que disponen los artículos 253.1 y 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Así, el primero de los artículos citados establece que «los administradores de la sociedad están obligados a formular, en el plazo máximo de tres meses contados a partir del cierre del ejercicio social, las cuentas anuales, el informe de gestión, que incluirá, cuando proceda, el estado de información no financiera, y la propuesta de aplicación del resultado, así como, en su caso, las cuentas y el informe de gestión consolidados». Por su parte, el artículo 265.2 del Texto Refundido señalado dispone que «en las sociedades que no estén obligadas a someter las cuentas anuales a verificación por un auditor, los socios que repre-

senten, 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».

Por otro lado, por la Disposición final 8.ª del Real Decreto-Ley 19/2020, de 26 de mayo, se han modificado los apartados 3 y 5 del artículo 40 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, viniendo a establecer que la obligación de formular las cuentas anuales, ordinarias o abreviadas, individuales o consolidadas, en el plazo de tres meses a contar desde el cierre del ejercicio social queda suspendida hasta el 1 junio de 2020, reanudándose de nuevo por otros tres meses a contar desde esa fecha. En este sentido, la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública 5 de junio de 2020, citada en los vistos, señala que «…la nueva redacción del precepto fija un día concreto, el día 1 de junio de 2020, para el inicio del cómputo del plazo de tres meses para la formulación de las cuentas anuales correspondientes al último ejercicio cerrado por una sociedad de capital y fija el plazo de dos meses desde su transcurso para la aprobación de las cuentas anuales formuladas. Esta Dirección General considera que el plazo se computa en los mismos términos en que se computa el plazo previsto en la Ley de Sociedades de Capital para la formulación de las cuentas, para su aprobación por la junta general y para su depósito en el Registro Mercantil. Al igual que ocurre en el supuesto de cierre de ejercicio social en que el primer día para la formulación de las cuentas es el siguiente al último del mes correspondiente al fin del ejercicio, 1 de enero para las sociedades cuyo cierre se produce el 31 de diciembre de cada año, la norma a que se refiere la consulta fija el día 1 de junio de 2020 como día inicial para el cómputo del plazo de tres meses para la formulación de las cuentas, siendo el día final o dies ad quem, el día 31 de agosto de 2020. A los plazos restantes se les aplica la misma lógica, a salvo lo que se dirá para el cierre de la hoja social…». Continúa afirmando la Dirección General en la consulta en cuestión que «Esta es la interpretación más acorde con la legislación ordinaria y con la propia exposición de motivos del Real Decreto-Ley 19/2020, de 26 de mayo que se expresa en los siguientes términos: «Adicionalmente, se reduce de tres a dos meses el plazo para aprobar las cuentas anuales desde la formulación, con lo que las empresas dispondrán antes de unas cuentas aprobadas y depositadas en el Registro Mercantil y se armoniza dicho plazo para todas las sociedades, sean o no cotizadas, en modo tal que todas deberán tener las cuentas aprobadas dentro de los diez primeros meses del ejercicio.».

Estas mismas razones de interpretación acorde con la legislación citada y analogía –artículo 4.1 del Código Civil– llevan consigo que en el caso de solicitud efectuada conforme al artículo 265.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, se considere que el plazo de tres meses a contar desde el cierre del ejercicio social quede suspendido hasta el 1 junio de 2020 y que,

en consecuencia, dicho plazo se inicie en tal fecha y concluya el 31 de agosto de 2020. Es más, la propia resolución de consulta llega a afirmar, como ya se ha expresado que «A los plazos restantes se les aplica la misma lógica, a salvo lo que se dirá para el cierre de la hoja social». En definitiva, suspendido el plazo en los términos expresados hasta el 1 de junio de 2020 y presentado el escrito de solicitud de nombramiento de auditor con fecha 11 de agosto de 2020, es evidente que se encuentra presentado el mismo tempestivamente.

2. En cuanto al fondo del asunto, se plantea en el presente expediente si es procedente el nombramiento de auditor para verificar las cuentas correspondientes al ejercicio 2019 cuando las cuentas ya han sido aprobadas; en concreto, y según resulta del expediente, las cuentas, se dice, fueron aprobadas con fecha 6 de agosto de 2020 y la solicitud del socio para nombramiento de auditor fue presentada en el registro mercantil con fecha 12 de agosto del mismo año.

El recurso no puede prosperar por el motivo alegado. En primer lugar, respecto de la falta de formulación de cuentas es doctrina reiterada de este Centro Directivo que el hecho de que las cuentas se encuentren o no formuladas en nada afecta al derecho de socio minoritario a poder solicitar el nombramiento de auditor al amparo de lo previsto en el artículo 265.2 LSC (por todas RDGRN de 13 y 14 de junio de 2017), quedando limitado el ámbito de calificación en el presente expediente a la concurrencia de los requisitos objetivos previstos como presupuestos del mismo, sin que dentro de su estrecho cauce pueda pretenderse el conocimiento de otras materias reservadas a otras Administraciones o a los Tribunales de Justicia (arts. 354.3 y 359 del Reglamento del Registro Mercantil). Si la parte recurrente plantea cuestiones que tienen por objeto la valoración de la conducta del solicitante o cuestiones relativas a la situación contable o económica de la mercantil 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 como resulta claramente del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

Para el supuesto como el que es objeto de este expediente, y según se deduce del mismo, en el que las cuentas se encuentran ya aprobadas por la junta general, pero aún no depositadas, y existiendo solicitud de nombramiento por parte del socio minoritario con posterioridad a la aprobación, pero antes de su depósito, no es óbice para que dicho socio ejerza su derecho a solicitar nombramiento de auditor, que sólo decaerá, a falta de inscripción en el Registro Mercantil de la designación de auditor voluntario, por aportación al expediente del informe de verificación o la justificación de que el mismo ha sido entregado al socio solicitante, lo que no ha tenido lugar a la vista del expediente obrante en esta Dirección General, y hallándose la solicitud en plazo, como se ha expresado más arriba.

3. En cuanto a la alegación relativa a la mala fe por parte del socio solicitante, no puede imponerse al derecho individual del socio a que las cuentas del ejercicio sean objeto de auditoría.

Así, es doctrina consolidada de esta Dirección que siendo indiscutible que nuestro ordenamiento jurídico no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo por lo que el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización de buena fe (art. 7 del Código Civil), también lo es que la apreciación de tales circunstancias resulta imposible en un procedimiento como el presente cuyo limitado conocimiento material y competencial lo impide, sin perjuicio del derecho de los interesados a acudir a los Tribunales de Justicia en defensa de su posición jurídica (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010 y 11 de marzo de 2014, entre otras).

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

Directamente relacionado con lo anterior, el interés del socio que reclama el nombramiento de auditor no es ni puede ser objeto de valoración en el estrecho ámbito de este expediente. Como es doctrina reiterada (*vide* resoluciones de 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010, entre otras), el objeto de este procedimiento se limita a determinar si concurren o no los requisitos legales para la procedencia de nombramiento de auditor a instancia de la minoría sin que dentro de su estrecho cauce pueda pretenderse el conocimiento de otras materias reservadas a otras Administraciones o a los Tribunales de Justicia (arts. 354.3 y 359 del Reglamento del Registro Mercantil). Si la parte recurrente plantea cuestiones que tienen por objeto la valoración de la conducta del solicitante debe actuar en la instancia que en cada caso sea competente sin que puedan impedir que el socio ejercite debidamente el derecho que le reconoce el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. Consecuentemente, y por disposición expresa de la Ley, si concurren los requisitos legalmente establecidos prevalece el derecho del socio minoritario, aunque su ejercicio suponga para la sociedad un coste económico como resulta claramente del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

4. 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 el plazo legalmente establecido para deducir su solicitud en los términos expresados, procede el nombramiento solicitado de auditor que efectúe la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2019.

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 1 de octubre de 2020, por la que resuelve la procedencia del nombramiento solicitado, todo ello 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 pone fin a la vía administrativa.

De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 30 de diciembre de 2020 (5.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 30 de diciembre de 2020 (6.ª)

En el expediente 103/2020 sobre nombramiento de auditor por concurrir circunstancias extraordinarias a instancia de la mercantil «Bodegas Emilio Moro, S.L.».

HECHOS

I

Por el Registro Mercantil de Valladolid se remite a esta Dirección General expediente para el nombramiento de auditor de conformidad con el artículo 356.1 del Reglamento Registro Mercantil, formando parte de dicho expediente los documentos que se relacionan en los siguientes antecedentes.

II

Así, por escrito fechado el 1 de octubre de 2020 suscrito por don ….., en su condición de presidente y consejero-delegado, y don ….., como secretario no consejero, ambos del Consejo de Administración de la mercantil «Bodegas Emilio Moro S.L.», apareciendo sus firmas legitimadas por la notario de Peñafiel Doña Julia Alonso Ruiz el 7 de octubre de 2020, que tuvo su entrada en el Registro Mercantil de Valladolid el día 15 de octubre de 2020, vienen a solicitar que se proceda al nombramiento como auditor de cuentas (art. 265.1 LSC) a la entidad «ADN Audit Corp, S.L.» para que efectúe la verificación de las cuentas anuales de la mercantil en cuestión correspondientes al ejercicio cerrado a 31 de diciembre 2019.

III

De dicha solicitud se desprende, en esencia, y en lo que a este expediente interesa que:

1.º Que la sociedad está obligada a la verificación de las cuentas anuales y del informe de gestión por auditor de cuentas.

2.º Que hasta el pasado ejercicio venía siendo auditor de cuentas de la sociedad, como figura en el Registro Mercantil, «Abascal Auditores S.L.P.», que fueron absorbidos por «ADN Audit Corp, S.L.», si bien, no ha sido posible formalizar su nombramiento ni renovación por la junta general.

3.º Que las cuentas pendientes de auditoría, que son las correspondientes al ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2019, han sido debidamente formuladas por los administradores de la sociedad y su aprobación por la junta general ha quedado pendiente, únicamente de la emisión del preceptivo informe por el auditor, si bien, el trabajo de verificación de las mismas ha sido completado por «ADN Audit Corp, S.L.».

4.º Que es voluntad de la sociedad el dar cumplimiento a los plazos legalmente previstos para el depósito de las cuentas en el Registro Mercantil, siendo, además, la voluntad de todos los socios de «Bodegas Emilio Moro, S.L.» que sea la sociedad «ADN Audit Corp, S.L.» la que proceda a emitir el preceptivo informe, toda vez que el trabajo de verificación ya ha sido realizado.

Consecuencia de lo anterior, solicita se proceda al nombramiento como auditor de cuentas a la entidad «ADN Audit Corp, S.L.» o, en su defecto, se designe auditor por este Centro Directivo para proceder a su nombramiento a fin de formalizar la revisión de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio cerrado a 31 de diciembre 2019 de la mercantil «Bodegas Emilio Moro, S.L.».

IV

Con fecha 21 de octubre de 2020 se remitió oficio por el Registro Mercantil de Valladolid al domicilio social de la entidad para que en el plazo de diez días a contar desde la fecha de la notificación aportaran al Registro Mercantil el informe de verificación que, según se manifestaba en el escrito de solicitud, ya había sido completado por «ADN Audit Corp, S.L.», para su incorporación al expediente, con la finalidad de poder elevar el expediente a la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 356.1 del Reglamento del Registro Mercantil.

Dicho oficio fue atendido por don ….., presidente y consejero-delegado del Consejo de Administración de la sociedad, el día 29 de octubre de 2020 mediante aportación al Registro Mercantil de un ejemplar del informe de auditoría y cuentas anuales correspondientes al ejercicio terminado el 31 de diciembre de 2019, emitido por «ADN Audit Corp, S.L.» fechado el día 8 de mayo de 2020.

V

Por su parte, la registradora mercantil de Valladolid, doña María Esther Pérez Ruiz, emite informe de fecha 3 de noviembre de 2020 del que se deduce que procedería el nombramiento de auditor solicitado y que éste recayera en la entidad «ADN Audit Corp, S.L.», pudiendo concurrir las circunstancias excepcionales del artículo 356.1 del Reglamento del Registro Mercantil, elevando el expediente a esta Dirección General de conformidad con el artículo 356.1 del Reglamento citado.

En concreto, del informe de la registradora se desprende que resultaría procedente el nombramiento de auditor en los términos solicitados en tanto que se acredita haber finalizado ya el trabajo de auditoría y su puesta a disposición en el presente expediente, lo que pueda soslayar un nombramiento a favor de otro auditor que, en último término, únicamente tendría que revisar una labor ya cumplimentada; siendo además la auditora en cuestión la que venía siendo designada por la sociedad, examinado su historial registral, y valorando la voluntad de la propia sociedad de cumplimentar los plazos legalmente previstos para el depósito de las cuentas anuales del ejercicio 2019, previa su aprobación por la junta general, que aún se encuentra pendiente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Visto lo dispuesto en el artículo 42 del Código de Comercio, artículos 263, 264 y 265 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Capital y artículos 154, 355 y 356 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.

1. El artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil regula la designación excepcional de auditor para la verificación contable de las cuentas de una sociedad soslayando el procedimiento ordinario regulado en el artículo 350 y siguientes del mismo reglamento. Dicho precepto confiere a esta Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública 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 o entidad de que se trate 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 o entidad en cuestión 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 refieren los números II y III de los Hechos, así como del oficio remitido por el registro mercantil y la contestación al mismo aportando el informe de auditoría y cuentas anuales correspondientes al ejercicio terminado el 31 de diciembre de 2019, emitido por «ADN Audit Corp, S.L.», a que se refiere el Hecho IV, 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 dichos números.

3. Por su parte, la registradora mercantil de Valladolid, doña María Esther Pérez Ruiz, emite informe de fecha 3 de noviembre de 2020 del que se deduce que procedería el nombramiento de auditor solicitado y que éste recayera en la entidad «ADN Audit Corp, S.L.», pudiendo concurrir las circunstancias excepcionales del artículo 356.1 del Reglamento del Registro Mercantil, en los términos que han sido expuestos.

4. A la luz de las consideraciones anteriores, de los hechos expuestos y del informe de fecha 3 de noviembre de 2020 de la registradora mercantil de Valladolid, doña María Esther Pérez Ruiz, resulta la concurrencia de circunstancias especiales que justifican la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor para el ejercicio 2019, por cuanto concurren presupuestos reveladores de volumen económico significativo y conveniencia de que la elaboración y auditoría de las cuentas anuales del ejercicio 2019 de la mercantil peticionaria sea hecha por la misma auditora en su día encargada para verificar las cuentas anuales correspondientes a los ejercicios 2016 a 2018 de la referida sociedad, que fue objeto de la pertinente inscripción, y que la auditora en cuestión, como ha quedado acreditado en el expediente, ya ha realizado y entregado dicha labor de verificación contable de la sociedad peticionaria conociendo el día a día y la operativa de la misma, no estando económicamente justificado el nombramiento de un auditor distinto para llevar a cabo el mismo cometido, pudiendo así beneficiarse de ahorro de costes en interés de la entidad y sus propios socios. A lo anterior, se añade que, en ningún caso, esa designación alteraría la independencia del auditor habida cuenta que la auditora ya ha efectuado las labores correspondientes a los 2016 a 2018 y que, asimismo, los principios de objetividad e imparcialidad en su actuación están salvaguardados por ley.

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 también 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 entidad «Bodegas Emilio Moro, S.L.», a fin de que verifique las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019, al resultar del expediente que en la mercantil solicitante concurren causas que así lo justifican.

2.º Autorizar a la registradora mercantil de Valladolid, doña María Esther Pérez Ruiz, a nombrar a «ADN Audit Corp, S.L.» como auditor de cuentas de

la entidad «Bodegas Emilio Moro, S.L.» para la revisión de las cuentas anuales y del informe de gestión del ejercicio 2019, de conformidad con el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil, y siempre que se acredite su inscripción en el ROAC, al no resultar ésta del expediente obrante en esta Dirección General.

3.º Devolver el expediente al registro mercantil de Valladolid a fin de que proceda al referido nombramiento, dando traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución pone fin a la vía administrativa.

De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 30 de diciembre de 2020 (6.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 30 de diciembre de 2020 (7.ª)

En el expediente 116/2020 sobre nombramiento de auditor por concurrir circunstancias extraordinarias a instancia de la mercantil «Industrias Algama, S.L.».

HECHOS

I

Por el Registro Mercantil de Jaén se remite a esta Dirección General expediente para el nombramiento de auditor de conformidad con el artículo 356.1 del Reglamento Registro Mercantil, formando parte de dicho expediente los documentos que se relacionan en los siguientes antecedentes.

II

Así, por escrito fechado el 30 de octubre de 2020 suscrito por don ….., en su condición de administrador solidario de la mercantil «Industrias Algama, S.L.», que tuvo su entrada en el Registro Mercantil de Jaén el día 30 de octubre de 2020, viene a solicitar que se proceda al nombramiento como auditor de cuentas (art. 350 RRM) a la entidad «Wican Consultores y Auditores, S.L.» para que efectúe la verificación de las cuentas anuales de la mercantil en cuestión correspondientes al ejercicio cerrado a 31 de diciembre 2019.

III

De dicha solicitud, así como de la documentación que forma parte de este expediente se desprende, en esencia, y en lo que a este expediente interesa que:

1.º Que la sociedad «Industrias Algama, S.L.» cumplió en el ejercicio 2019 los requisitos para estar obligada a auditar sus cuentas anuales, si bien, durante dicho ejercicio, no se pudo proceder al nombramiento de auditor, por los motivos que se expresan en la solicitud y que no son del caso expresar.

2.º Que el órgano de administración, con fecha 16 de diciembre de 2019, procedió al nombramiento como auditor para el ejercicio 2019, de la citada mercantil a «Wican Consultores y Auditores, S.L.», con CIF B94112943, domicilio en Pontevedra, calle Alameda, 14, entresuelo, oficina 2, inscrita en el ROAC con el número S-2332, habiendo sido aceptado el nombramiento.

3.º Que, posteriormente, y una vez emitido el correspondiente informe de auditoría el 15 de junio de 2020, el socio único, constituido en Junta General el 21 de julio de 2020, aprobó las cuentas anuales de la sociedad del ejercicio 2019, y procedió al nombramiento de «Wican Consultores y Auditores, S.L.» como auditor de cuentas para los ejercicios 2019, 2020 y 2021.

4.º Las citadas decisiones del socio único fueron elevadas a público mediante escritura otorgada en Linares el treinta de julio de dos mil veinte, ante el notario don Francisco Javier Ríos Valverde, protocolo 552, que fue presentada a inscripción, y suspendida, en cuanto al nombramiento de auditor para el ejercicio 2019, por corresponder la competencia al Registro Mercantil, conforme a los fundamentos de derecho que se estimaron pertinentes. A la citada escritura se acompañó escrito de aceptación, suscrito el 22 de julio de 2020, por el administrador único de la entidad auditora, con la firma legitimada notarialmente el 9 de septiembre de 2020, por el notario de Vigo, don José Luis Espinosa de Soto.

5.º Que los trabajos de auditoría por parte del auditor ya han sido desarrollados, así como la emisión del informe de auditoría de las cuentas anuales del ejercicio 2019. Asimismo, dicho auditor ya facturó y cobró los honorarios establecidos en la carta de encargo por el servicio de auditoría de las cuentas anuales del ejercicio 2019.

Consecuencia de lo anterior, solicita de este Centro Directivo se proceda al nombramiento como auditor de cuentas a la entidad «Wican Consultores y Auditores, S.L.» a fin de formalizar la revisión de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio cerrado a 31 de diciembre 2019 de la mercantil «Industrias Algama, S.L.».

IV

Por su parte, la registradora mercantil de Jaén, doña María Belén López Espada, emite informe de fecha 5 de noviembre de 2020 del que se deduce que procedería el nombramiento de auditor solicitado y que éste recayera en la entidad «Wican Consultores y Auditores, S.L.», pudiendo concurrir las circunstancias excepcionales del artículo 356.1 del Reglamento del Registro Mercantil, elevando el expediente a esta Dirección General de conformidad con el artículo 356.1 del Reglamento citado.

En concreto, del informe de la registradora se desprende que resultaría procedente el nombramiento de auditor en los términos solicitados en tanto que existe un primer nombramiento a su favor, durante el ejercicio 2019, que fue aceptado por la auditora; nombramiento que ha sido ratificado por el socio único, toda vez que la sociedad está obligada a auditar sus cuentas, habiendo sido, además, emitido el correspondiente informe por el 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 Capital y artículos 154, 355 y 356 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.

1. El artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil regula la designación excepcional de auditor para la verificación contable de las cuentas de una sociedad soslayando el procedimiento ordinario regulado en el artículo 350 y siguientes del mismo reglamento. Dicho precepto confiere a esta Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública 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 o entidad de que se trate 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 o entidad en cuestión 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 refieren los números II y 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 dichos números.

3. Por su parte, la registradora mercantil de Jaén, doña María Belén López Espada, emite informe de fecha 5 de noviembre de 2020 del que se deduce que procedería el nombramiento de auditor solicitado y que éste recayera en la entidad «Wican Consultores y Auditores, S.L.», pudiendo concurrir las circunstancias excepcionales del artículo 356.1 del Reglamento del Registro Mercantil, en los términos que han sido expuestos.

4. A la luz de las consideraciones anteriores, de los hechos expuestos y del informe de fecha 5 de noviembre de 2020 de la registradora mercantil de Jaén, doña María Belén López Espada, resulta la concurrencia de circunstancias especiales que justifican la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor para el ejercicio 2019, por cuanto dicha sociedad está obligada a auditar sus cuentas en el referido ejercicio y se considera conveniente que la elaboración y auditoría de las cuentas anuales del ejercicio

2019 de la mercantil peticionaria sea hecha por la misma auditora que ya ha realizado el trabajo, como ha quedado acreditado en el expediente, y entregado dicha labor de verificación contable de la sociedad peticionaria conociendo el día a día y la operativa de la misma, no estando económicamente justificado el nombramiento de un auditor distinto para llevar a cabo el mismo cometido ya realizado, pudiendo así beneficiarse de ahorro de costes en interés de la entidad y sus propios socios, máxime si, según se indica, la auditora que ha elaborado el informe ha visto ya además satisfechos sus honorarios.

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 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 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 entidad «Industrias Algama, S.L.», a fin de que verifique las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2019, al resultar del expediente que en la mercantil solicitante concurren causas que así lo justifican.

2.º Autorizar a la registradora mercantil de Jaén, doña María Belén López Espada, a nombrar a «Wican Consultores y Auditores, S.L.» como auditor de cuentas de la entidad «Industrias Algama, S.L.» para la revisión de las cuentas anuales y del informe de gestión del ejercicio 2019, de conformidad con el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil, con CIF B94112943, domicilio en Pontevedra, calle Alameda, 14, entresuelo, oficina 2, e inscrita en el ROAC con el número S-2332, según resulta del expediente obrante en esta Dirección General.

3.º Devolver el expediente al registro mercantil de Jaén a fin de que proceda al referido nombramiento, dando traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución pone fin a la vía administrativa.

De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mer-

cantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 30 de diciembre de 2020 (7.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

2.2 Resoluciones de convocatorias de Junta General

Resolución de 9 de enero de 2020 (1.ª)

En el expediente 18/2019 sobre convocatoria de Junta General a instancia de un socio de «Beta Gamma, S.L.»

HECHOS

I

Don A.L.G. presentó un escrito de fecha 29 de abril de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, en el que tuvo su entrada el día 7 de mayo inmediato posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio de la mercantil «Beta Gamma, 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 había requerido al administrador de la sociedad para que convocara junta general de la sociedad. Acompaña copia del acta de requerimiento autorizada en fecha 25 de febrero de 2019 autorizada por la notaria de Barcelona doña Camino Quiroga Martínez.

b) Que de su diligencia de fecha 8 de marzo de 2019 resulta la devolución del envió por correo certificado por ausente de reparto.

Específicamente solicita del registrador mercantil:

a) Que lleve a cabo la convocatoria de Junta General con el siguiente orden del día: Acción de responsabilidad del órgano de administración.

b) Que designe como presidente y secretario con independencia del contenido de los estatutos sociales.

c) Que designe como notario para que actúe en la junta a cualquiera de los dos notarios de Barcelona que menciona.

II

Tras la práctica de una diligencia de mejor proveer con el solicitante y 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, en lo que interesa a la presente: 1.º Que el solicitante, su padre, le había impedido desde determinada fecha el acceso al domicilio social lo que provocó la interposición de denuncia. 2.º Constar ya convocada la junta general incluyendo en el orden del día lo solicitado por el requirente.

Mediante escrito de fecha 3 de julio de 2018, don A.L.G., alega, en lo que es de interés, y tras negar el contenido del anterior escrito, manifiesta no haber recibido convocatoria alguna de junta general, solicitando que se dejara sin efecto la convocatoria llevada a cabo por el administrador y que se convoque la junta solicitada en su escrito en los términos contenidos en el mismo.

Tras el requerimiento que le practica el Registro Mercantil, don R.L.A., como administrador de la sociedad, presenta nuevo escrito en el que, por lo que ahora interesa, reitera el hecho de que la junta general se encuentra convocada para el día 29 de julio de 2019, con anterioridad a la solicitud del socio.

Días después, el propio administrador notifica al Registro Mercantil que ante la situación producida (que deriva en la convocatoria inicial en el despacho profesional de determinado notario de Barcelona y de la modificación de la convocatoria para que la junta se celebre en el domicilio social), ha tomado la decisión de desconvocar la junta prevista para el día 29 de julio y convocar nuevamente para el día 4 de septiembre.

El día 27 de agosto de 2019, don J.M.F, como letrado de don A.L.G., presenta un escrito de alegaciones en el que, entre otras cosas que no son relevantes para la presente, solicita que por parte del Registro Mercantil se notifique a la administración social la improcedencia de la segunda convocatoria y para que convoque a su vez en los términos inicialmente solicitados.

El día 17 de septiembre se aporta copia del acta notarial de fecha 4 de septiembre de 2019 autorizada por el notario de Barcelona don Santiago M. Giménez Arbona. De copia del acta que consta en el expediente resulta que el señor don R.L.A., como administrador de la sociedad requiere al notario para que levante acta de la junta general convocada para ser celebrada el día 4 de septiembre de 2019. De la diligencia de dicha fecha resulta la comparecencia de dos socios que representan el 90% del capital social y la ausencia del promotor del expediente por lo que actuando el administrador como presidente de la junta la declara válidamente constituida. Consta que el primer punto del orden del día es de acción de responsabilidad del órgano de administración, que es votado negativamente por unanimidad de los asistentes.

III

El registrador mercantil de Barcelona núm. 14, don Luis Fernández del Pozo dictó resolución en fecha 1 de octubre de 2019 por la que acordó desestimar la solicitud del socio.

IV

Don J.M.F., como representante del solicitante, por escrito de fecha 31 de octubre de 2019, que tuvo entrada el 4 de noviembre 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 se reitera en el contenido de

su escrito de fecha 27 de agosto de 2019. 2.º Que el objeto del expediente es precisamente que sea el Registro Mercantil el que lleve a cabo la convocatoria de junta fijando día y hora tras la negativa del órgano de administración a cumplir con el requerimiento que se le practicó el día 25 de febrero de 2019. 3.º Que su representado jamás ha negado el acceso al domicilio social por lo que dicha manifestación es falsa. 4.º Que su representado tuvo conocimiento de la convocatoria de junta el día 27 de agosto, cuando le fue entregada la documentación por el Registro Mercantil, por lo que como ya manifestó se reitera en la improcedencia de la convocatoria por infringir la previsión de los estatutos sociales. 5.º Que en el acta notarial de la junta se afirma que la convocatoria se ha llevado a cabo mediante burofax acreditando su envío, pero no la recepción.

Que a la vista de los anteriores hechos solicita que se considere la junta de fecha 4 de septiembre de 2019 como no celebrada y que se convoque de conformidad con la solicitud inicial.

Que la calificación (sic) contradice lo establecido en los artículos 169 y 170 de la Ley de Sociedades de Capital por cuanto consta en el expediente que se requirió al administrador pese a lo cual no se ha convocado la junta solicitada.

Que también se vulnera el artículo 176 de la Ley de Sociedades de Capital por cuanto el registrador da por buena la convocatoria hecha por el administrador pese a que no se tuvo conocimiento de la misma hasta el día 27 de agosto de 2019 por lo que no mediaron los quince días exigibles a pesar de los escritos de la parte.»

V

En fecha 23 de diciembre de 2019 don R.L.A., actuando en representación de la sociedad Beta Gamma S.L., presenta en el Registro Mercantil un escrito de fecha 20 de diciembre del mismo año en el que realiza las alegaciones que tiene por conveniente.

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; 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 fecha 21 de junio de 2016; así como las resoluciones en materia de convocatoria de juntas generales de fecha 7 y 9 de marzo, 1 y 25 de abril, 26 de mayo, 15 de junio, 2 de agosto, 25 de septiembre, 17 y 21 de octubre, 7 de noviembre y 16 y 23 de diciembre de 2016, 30 de mayo, 20 de julio, 18 y 25 de septiembre, 23 de octubre y 2 de noviembre de 2017, 7 y 9 de febrero y 24 de septiembre de 2018 y 10 de mayo y 26 de junio (1.ª y 3.ª) de 2019.

1. Solicitada por un socio de responsabilidad limitada la convocatoria de junta al amparo de lo establecido en los artículos 168 y 169.2 de la Ley de

Sociedades de Capital el registrador desestima la solicitud por constar convocada y celebrada junta general previa su convocatoria por el órgano de administración. El interesado recurre en los términos que por extenso constan en los hechos.

2. El recurso no puede prosperar. 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 numerosas cuestiones que las partes involucradas, de forma muy extensa, han puesto de manifiesto de modo reiterado en los distintos escritos que se han presentado y a que se hace referencia en los hechos. Esta puntualización resulta de especial importancia en un supuesto como el planteado en el expediente en que la existencia de un conflicto social entre el socio que realiza la solicitud y el órgano de administración que se opone resulta evidente.

El objeto de este expediente tiene el limitado alcance definido por el artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital: determinar si concurren o no los requisitos para la convocatoria de Junta General de sociedad de capital por el registrador mercantil. La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la Constitución Española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

Consecuentemente, no se llevará a cabo ningún pronunciamiento en relación a las cuestiones planteadas por las partes en este expediente y que son ajenas a su naturaleza y objeto, como pueda ser la validez de la convocatoria o de la constitución de la junta de fecha 4 de septiembre de 2019 o si existía o no impedimento para acceder al domicilio social. Ninguna de dichas cuestiones o de otras similares puede ser analizada en este expediente que tiene el limitado alcance expuesto, sin perjuicio de que la parte que considere que se ha producido conculcación o fraude de Ley, abuso de Derecho o que de cualquier modo considere que su situación jurídica no es debidamente respetada tiene abierta la vía jurisdiccional para que en un procedimiento plenario, con audiencia de las personas interesadas y con plenitud de medios de prueba alegue lo que estime oportuno en su defensa, sin perjuicio de cualquier otra acción que pudiera corresponderle.

3. Establecido lo anterior, dispone el artículo 169.2 de la Ley de Sociedades de Capital: «Si los administradores no atienden oportunamente la solicitud de convocatoria de la junta general efectuada por la minoría, podrá realizarse la convocatoria, previa audiencia de los administradores, por el Secretario judicial o por el Registrador mercantil del domicilio social.».

A su vez el precepto trae causa de la anterior previsión del artículo 168 del reiterado cuerpo legal: «Los administradores deberán convocar la junta general cuando lo soliciten uno o varios socios que representen, al menos, el cinco

por ciento del capital social, expresando en la solicitud los asuntos a tratar. En este caso, la junta general deberá ser convocada para su celebración dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que se hubiere requerido notarialmente a los administradores para convocarla, debiendo incluirse necesariamente en el orden del día los asuntos que hubiesen sido objeto de solicitud.»

Como han puesto de manifiesto las resoluciones de 9 de marzo, 1 y 25 de abril de 2016, de los preceptos transcritos resulta que dos son los requisitos que deben ponerse de manifiesto en el expediente registral: que la convocatoria sea solicitada por un socio de la sociedad que reúna el mínimo de capital a que se refiere el artículo 168, y que el órgano de administración no haya atendido la solicitud de convocatoria de la junta general efectuada mediante requerimiento notarial.

Si, como en el supuesto de hecho, resulta que el órgano de administración había convocado la junta general incluyendo en el orden del día el asunto requerido por el minoritario, el interés que la ley protege se encuentra debidamente satisfecho. Téngase en cuenta que el interés a proteger no consiste en que la convocatoria se haga en cualquier caso por el registrador mercantil. Bien al contrario, como resulta claramente del artículo 169.2 la competencia del registrador es subsidiaria de la propia del órgano de administración y solamente para el caso de que este no hubiera atendido el requerimiento del socio. Si, como en el caso presente, resulta que el administrador había convocado junta general incluyendo en el orden del día el asunto o asuntos requeridos por el socio minoritario este no puede pretender que su interés se satisfaga mediante una nueva convocatoria, esta vez llevada a cabo por el registrador. Tampoco puede pretender que no se tenga en cuenta la convocatoria realizada por el administrador si esta se lleva a cabo para fecha u hora distinta a la que él hubiese solicitado. Cuando la convocatoria la lleva a cabo el órgano de administración en ejercicio de su competencia (art. 166 de la Ley de Sociedades de Capital), lo hará en la fecha y hora que entienda sirve mejor a la sociedad (art. 174 de la misma Ley), y en el lugar que reúna los requisitos legales para hacerlo (art. 175). Por la misma razón el administrador podrá solicitar la presencia de notario o estará obligado a hacerlo designando a aquél que estime oportuno y que haya afirmado su disponibilidad para la fecha y hora fijada (art. 203). Lo trascendente es que la convocatoria contemple en su orden del día lo solicitado por el socio ya sea la convocatoria anterior a la solicitud o posterior, como expresamente prevé el artículo 169.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

Teniendo la junta general convocada dentro de su orden del día el asunto a que se refería el requerimiento notarial del artículo 168 de la Ley de Sociedades de Capital, resulta con claridad que el interés jurídico que pretende proteger el artículo 169.2 está debidamente cumplimentado si resulta del expediente la debida convocatoria y celebración de la junta. Resultando así del expediente y como pusieran de relieve las Resoluciones de esta Dirección de fechas 17 de octubre de 2016 y de 24 de septiembre de 2018, no existe interés

jurídico protegible que justifique en modo alguno la convocatoria de una nueva junta general con idéntico contenido a la ya celebrada.

Como puso de relieve la Resolución de esta Dirección de 18 de septiembre de 2017, la evidente situación de conflicto que existe en la sociedad y el socio debe encontrar su vía de solución en los cauces adecuados, pero no puede dar lugar a la reiteración de un acto que se ha llevado a cabo si bien con un resultado distinto al deseado por el solicitante.

4. Los argumentos del escrito de recurso no pueden enervar las conclusiones anteriormente expuestas.

En primer lugar, porque no constituye el objeto de la presente, como ha quedado acreditado, si la previa convocatoria había sido realizada o no de conformidad con las exigencias legales o estatutarias. Lo trascendente es que habiendo el presidente declarado válidamente constituida la junta y habiéndose desarrollado la misma y sus acuerdos plasmados en el acta notarial a que se refiere el artículo 203 de la Ley de Sociedades de Capital, queda abierta la vía jurisdiccional para que quien ostente la debida legitimación ejercite, en su caso, las acciones previstas en el ordenamiento (art. 204 de la Ley). Es cierto que si los acuerdos son inscribibles en el Registro Mercantil el registrador mercantil debe calificar su legalidad de conformidad con la exigencia del artículo 18 del Código de Comercio, pero no puede confundirse dicha competencia, que se inserta dentro del procedimiento registral cuando se solicita la modificación del contenido del Registro Mercantil, con la derivada del artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital para llevar a cabo la convocatoria de junta general. A diferencia del anterior, este procedimiento no tiene por objeto la determinación de si se debe o no inscribir un acuerdo social en función de su validez sino estrictamente la finalidad descrita en las consideraciones anteriores.

Por este motivo esta resolución no puede entrar a determinar si la convocatoria respetó o no los plazos previstos en la Ley o estatutos. En cualquier caso, esta Dirección recuerda que el plazo a que se refiere el artículo 176 se computa desde la fecha en que se remitió la última notificación tal y como se prevé en el número dos de dicho artículo.

Tampoco puede estimarse el motivo que hace referencia a que el objeto del expediente es precisamente que la convocatoria sea llevada a cabo por el registrador mercantil. Como ha quedado expuesto la competencia del registrador no se despliega en cualquier caso sino únicamente cuando el órgano de administración no ha ejercido la suya a requerimiento del socio o por propia iniciativa (art. 169 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 Barcelona núm. 14, don Luis Fernández del Pozo de fecha 1 de octubre de 2019.

Lo 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, 9 de enero de 2020 (1.ª).–Firmado: El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro. Sr registrador mercantil de Barcelona.

Resolución de 27 de enero de 2020 (2.ª)

En el expediente 19/2019 sobre convocatoria de Junta General a instancia de un socio de «Aller y Nalda, S.L.»

HECHOS

I

Don C.M.A.N. presentó un escrito de fecha 9 de septiembre de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día inmediato posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio de la mercantil «Aller y Nalda, S.L.», la convocatoria de Junta General de la sociedad por darse los presupuestos establecidos en dicho precepto.

Del escrito de solicitud resulta:

a) Que en acta autorizada por el notario de Madrid, don Francisco Javier Monedero San Martín en fecha 12 de junio de 2019 requirió a los administradores de la sociedad para que llevasen a cabo la convocatoria de junta general para tratar sobre el siguiente punto de orden del día: «Pago por transferencia de cualquier futuro dividendo, liquidación de la sociedad y/o por cualquier concepto al que tengan derecho los accionistas de la misma.», y para que se levante acta notarial con cargo a la sociedad.

b) Que los administradores no han atendido su solicitud en los dos meses siguientes.

Específicamente solicita del registrador mercantil conforme al artículo 169.2 de la Ley de Sociedades de Capital, que lleve a cabo la convocatoria de Junta General con el orden del día reseñado.

Acompaña a la solicitud copia del acta de requerimiento autorizada por el notario reseñado en la fecha igualmente especificada a instancia de la sociedad Aller y Nalsa S.L. En dicha acta comparece don J.A.A.N. actuando como presidente del consejo de administración de la sociedad a efectos de requerir al notario autorizante para que de conformidad con la previsión del artículo 203 de la Ley de Sociedades de Capital levante acta de la junta general convocada por el consejo de administración. El notario acepta el requerimiento y en diligencia de fecha 12 de junio de 2019 se constituye al efecto en el lugar señalado para

ejercer su ministerio. El notario deja constancia de que en el curso de la junta el hoy solicitante manifiesta que remitió un burofax a la compañía para que se incorporaran algunos puntos en el orden del dia y que dicho burofax fue rechazado, lo que niega el presidente de la junta añadiendo que en sociedades limitadas no cabe modificar el orden del día. Consta protocolizado un certificado emitido por la empresa «notificados» sobre burofax remitido por don C.A.N. dirigido a don A.A.N., La Española Contadores de Agua S.A. del que resulta la notificación de un texto del hoy solicitante dirigido a la sociedad Aller y Nalda S.L. por el que solicita convocatoria de la junta general de socios de la sociedad en el que debe incluirse el punto del orden del día que consta más arriba, así como que se levante acta notarial con cargo a la sociedad.

II

El registrador mercantil de Madrid núm. 8 don Luis María Stampa y Piñeiro requirió al solicitante en fecha 17 de septiembre de 2019 para que de conformidad con el artículo 169.2 de la Ley de Sociedades de Capital aportase al expediente el acta notarial de requerimiento a que se refiere el precepto señalado con acreditación de su entrega al órgano de administración, cuyo incumplimiento determina la solicitud de convocatoria por parte del registrador (con la advertencia de que en el momento de su presentación se valorará si el orden del día propuesto responde a las exigencias legales y a las competencias propias de la junta general).

III

Mediante escrito que tuvo entrada en el Registro Mercantil de Madrid el día 9 de octubre de 2019 el solicitante puso de manifiesto que en el acta notarial que acompañó a su escrito se certifica tanto su condición de socio como la entrega al autorizante de su solicitud de acta extraordinaria (sic), con indicación del orden del día. Que siendo el acta notarial un documento en el que se da fe de la entrega de la solicitud la misma ya consta acreditada. Que en otra acta referida a la junta ordinaria del año 2018 ya se intentó la solicitud de que el pago de dividendo se hiciera por transferencia bancaria lo que no se permitió dando lugar a la solicitud que ahora se hace a fin de evitar determinadas situaciones que se vienen produciendo.

IV

El registrador mercantil de Madrid núm. 8, don Luis María Stampa Piñeiro dictó resolución en fecha 10 de octubre de 2019 por la que acordó tener por desistido al solicitante al no haber presentado en el plazo legalmente previsto la documentación solicitada, cerrando el expediente.

V

Don C.A.N., por escrito de fecha 12 de noviembre de 2019, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: «Que el requerimiento a que se refiere el registrador se efectuó a través del acta notarial aportada en la que consta incorporada la solicitud de junta general con el orden del día

propuesto. Que en dicha acta se certifica su condición de socio como la realización de solicitud de convocatoria general, Que siendo un acta notarial un acto realizado por notario que tiene por objeto transmitir una información, lo anterior resulta del acta incorporada.»

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; 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 fecha 21 de junio de 2016; así como las resoluciones en materia de convocatoria de juntas generales de fecha 7 y 9 de marzo, 1 y 25 de abril, 26 de mayo, 15 de junio, 2 de agosto, 25 de septiembre, 17 y 21 de octubre, 7 de noviembre y 16 y 23 de diciembre de 2016, 30 de mayo, 20 de julio, 18 y 25 de septiembre, 23 de octubre y 2 de noviembre de 2017, 7 y 9 de febrero y 24 de septiembre de 2018 y 10 de mayo y 26 de junio (1.ª y 3.ª) de 2019.

1. Un socio de una sociedad de responsabilidad limitada solicita del registrador mercantil la convocatoria de junta general con fundamento en el artículo 169.2 de la Ley de Sociedades de Capital. Acompaña a su escrito de solicitud copia de acta de requerimiento instada por la administración de la sociedad y en la que se requiere al notario autorizante para que se persone en el lugar y día señalado al efecto de levantar acta de presencia del desarrollo de la junta. En la diligencia que resulta a continuación, el notario autorizante hace constar que en el desarrollo de la junta general y por parte del hoy solicitante se solicita el tratamiento de un punto de orden del día determinado, así como que se le entrega copia de un burofax dirigido en su día al órgano de administración conteniendo dicha solicitud. El registrador, al amparo del artículo 68 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, requiere al solicitante para que le presente copia del acta notarial de requerimiento a que se refiere el artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital, resolviendo finalmente y ante la ausencia de la misma, poner fin al expediente. El interesado recurre.

2. El recurso no puede prosperar. Dispone el artículo 169.2 de la Ley de Sociedades de Capital: «2. Si los administradores no atienden oportunamente la solicitud de convocatoria de la junta general efectuada por la minoría, podrá realizarse la convocatoria, previa audiencia de los administradores, por el Secretario judicial o por el Registrador mercantil del domicilio social.».

A su vez el precepto trae causa de la anterior previsión del artículo 168 del reiterado cuerpo legal: «Los administradores deberán convocar la junta gene-

ral cuando lo soliciten uno o varios socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social, expresando en la solicitud los asuntos a tratar. En este caso, la junta general deberá ser convocada para su celebración dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que se hubiere requerido notarialmente a los administradores para convocarla, debiendo incluirse necesariamente en el orden del día los asuntos que hubiesen sido objeto de solicitud.»

Como han puesto de manifiesto las resoluciones de 9 de marzo, 1 y 25 de abril de 2016, de los preceptos transcritos resulta que dos son los requisitos que deben ponerse de manifiesto en el expediente registral: que la convocatoria sea solicitada por un socio de la sociedad que reúna el mínimo de capital a que se refiere el artículo 168, y que el órgano de administración no haya atendido la solicitud de convocatoria de la junta general efectuada mediante requerimiento notarial.

Como resulta de los preceptos transcritos, el fundamento del procedimiento de solicitud de convocatoria por el registrador mercantil reside en que por parte del socio que reúna el porcentaje de capital señalado se haya requerido previamente al órgano de administración a fin de que por este se lleve a cabo la convocatoria solicitada. La existencia del fundamento en que se basa la solicitud del socio debe ser acreditada ante el registrador para que el procedimiento pueda ser objeto de desarrollo.

3. La ausencia de un procedimiento registral específico para que el registrador mercantil lleve a cabo el ejercicio de su competencia, a la espera de una futura reforma del Reglamento del Registro Mercantil, ha sido objeto de atención por esta Dirección General de los Registros y del Notariado que en su resolución de contestación de consulta de 20 de noviembre de 2015, ha recordado que en relación al procedimiento que debe seguirse para tramitar expedientes desjudicializados de Jurisdicción Voluntaria por el Registrador Mercantil existe en la Ley, en los distintos expedientes, una remisión expresa a lo previsto para ello en el Reglamento del Registro Mercantil. Así, en el artículo 40 del Código de Comercio; artículos 139 y 140 de la Ley de Sociedades de Capital; artículo 266.2 de la Ley de Sociedades de Capital; artículo 377 de la Ley de Sociedades de Capital; artículo 381.2 y artículo 422 de la Ley de Sociedades de Capital. Falta sin embargo remisión expresa al Reglamento del Registro Mercantil en los supuestos de convocatoria de junta por el registrador (*cfr.* artículos 169 y 170 de la Ley de Sociedades de Capital) o en la separación y sustitución de liquidadores (arts. 380 y 389 de la Ley de Sociedades de Capital). También en estos casos de ausencia de una remisión expresa al Reglamento del Registro Mercantil debemos entender que se aplicará el procedimiento que allí estuviere contemplado. También en estos casos de ausencia de una remisión expresa al Reglamento del Registro Mercantil debemos entender que se aplicará el procedimiento que allí estuviere contemplado. Téngase en cuenta que, aunque en materia de convocatoria registral de junta, nada se dice sobre las normas a las que se ajustará el procedimiento, en sede de convocatoria de asamblea el artículo 422.3 de la Ley de Sociedades de

Capital sí se contiene una expresa remisión al Reglamento del Registro Mercantil.

Mientras no se dicte un nuevo Reglamento del Registro Mercantil habrá que aplicar las reglas de procedimiento que por su función y naturaleza sean idóneas. El modelo de referencia de procedimiento registral que debe servir de marco para tramitar estos expedientes es el establecido en el Capítulo II del Título III, del nombramiento de expertos y de auditores de cuentas, artículos 338 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y muy especialmente, habida cuenta que debe darse traslado a la sociedad y debiéndose permitir al empresario o sociedad formular oposición, lo establecido en cuanto a auditores en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

4. En relación con el objeto del 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 reside exclusivamente en resolver si resultan acreditados en el expediente el conjunto de requisitos exigidos por la Ley para que por parte del registrador se lleve a cabo la convocatoria de junta general.

Así, 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 regulación del procedimiento, que se encuentra en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, refleja lo limitado del conocimiento del registrador durante su tramitación y de esta Dirección General en instancia. Con carácter expreso establece el artículo 363.1del 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 así por lo limitado de su ámbito de conocimiento, limitado a la verificación de que concurren los requisitos exigidos por la Ley, y de sus medios de conocimiento.

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 documen-

tal 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.

5. Así las cosas en el procedimiento que da lugar a la presente el registrador, tras solicitar del presentante la aportación del requerimiento notarial a que se refiere el artículo 168 de la Ley de Sociedades de Capital, desestima la solicitud por no aportarse al expediente. El recurrente entiende que la justificación de su existencia resulta de copia del acta a que se refieren los hechos en la que consta unido un documento remitido en su día al órgano de administración.

Esta Dirección no puede compartir el razonamiento del recurrente pues no pueden confundirse las actas a que se refiere el artículo 168 de la Ley de Sociedades de Capital con aquellas a que hace mención el artículo 203 del mismo cuerpo legal, como no puede confundirse la remisión de un burofax con la realización de un requerimiento notarial.

Como resulta del artículo 168 de la Ley de Sociedades de Capital el socio que pretenda la convocatoria de junta con determinado orden del día debe requerir notarialmente al órgano de administración. Dicho tipo de acta, acta de requerimiento, viene regulada en los artículos 202 y siguientes del reglamento notarial que las define del siguiente modo: «Las actas de notificación tienen por objeto transmitir a una persona una información o una decisión del que solicita la intervención notarial, y las de requerimiento, además, intimar al requerido para que adopte una determinada conducta.» En consecuencia y dado que tal y como resulta del artículo 168 de la Ley de Sociedades de Capital lo que se pretende con el acta no sólo es poner en conocimiento del órgano de administración la solicitud de convocatoria sino, además, intimarle a que lo lleve a cabo, nos encontramos ante un supuesto claro de acta de requerimiento. La realización de este tipo de acta viene revestida de un conjunto de trámites, que debe cumplimentar el notario autorizante, que tienen como finalidad que se lleve a cabo de la forma que ofrezca las mayores garantías posibles tanto al requirente como al destinatario el cual, de conformidad con el artículo 204 del Reglamento Notarial tiene derecho a contestar al requerimiento.

Por el contrario, dice así el artículo 203 de la Ley de Sociedades de Capital: «1. Los administradores podrán requerir la presencia de notario para que levante acta de la junta general y estarán obligados a hacerlo siempre que, con cinco días de antelación al previsto para la celebración de la junta, lo soliciten socios que representen, al menos, el uno por ciento del capital social en la sociedad anónima o el cinco por ciento en la sociedad de responsabilidad limitada. En este caso, los acuerdos sólo serán eficaces si constan en acta notarial. 2. 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. 3. Los honorarios notariales serán de cargo de la sociedad.» Dicha regulación, que se complementa con la establecida en los artículos 101 a 104 del Reglamento del Registro Mercantil, tiene como finalidad dejar constancia fehaciente de lo ocurrido en la junta general participando del concepto de actas de presencia a que se refiere el artículo 199 del Reglamento Notarial: «Las actas notariales de presencia acreditan la realidad o verdad del hecho que motiva su autorización.»

De la simple comparación entre ambos tipos de actas resulta con claridad que obedecen a necesidades y circunstancias distintas de donde resulta una regulación específica para cada una de ellas en el Reglamento Notarial acorde con su naturaleza.

Llegados a este punto resulta claramente que el acta de presencia por la que el órgano de administración de una sociedad requiere al notario para que de fe del contenido de la junta (art. 203 de la Ley de Sociedades de Capital), no cumple las funciones de notificar y requerir a que se refiere el artículo 168 de la propia ley. Entender equiparable el acta de presencia que se autoriza a solicitud de la propia sociedad con aquella que debe autorizarse a instancia y en interés de un socio para requerir al órgano de administración de aquella resulta sencillamente imposible, cuando menos porque en esta última se reconoce un derecho a la sociedad a responder que, evidentemente, no resulta de aquella y que no puede ser soslayado sin perjudicar el conjunto de garantías previsto en el ordenamiento jurídico.

Esto es así aun cuando resulte del acta de junta, como ocurre en el supuesto de hecho, que el socio requirió a la sociedad un determinado comportamiento de convocatoria mediante la utilización de un burofax. Es cierto que conforme al artículo 22.4 de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, las notificaciones efectuadas por el prestador del servicio postal universal («Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A.») gozan de «la presunción de veracidad y fehaciencia en la distribución, entrega y recepción o rehúse o imposibilidad de entrega de notificaciones de órganos administrativos y judiciales, (…)» (y por ende también de las que hayan de surtir efecto en la esfera notarial y registral), como ha reconocido reiteradamente esta Dirección General. Ahora bien, sin necesidad de entrar a valorar si dicha notificación por burofax cumple o no con las exigencias de veracidad que exige nuestro ordenamiento (*vide* Resolución en materia de recursos contra la calificación de los registradores de fecha 2 de enero de 2019), lo cierto es que no cumple con las garantías previstas en el Reglamento Notarial para la práctica tanto del requerimiento propiamente dicho como del derecho del requerido a contestar (art. 204 del Reglamento Notarial). En definitiva, el hecho de que el artículo 168 de la Ley de Sociedades de Capital se refiera explícitamente a que el requerimiento sea notarial debe interpretarse en el sentido de que la observancia de dicha exigencia implica la sujeción a los requisitos de garantía que para dicho supuesto contempla el Reglamento Notarial, requisitos que no se cumplen si la requisitoria se lleva a cabo por medios distintos a los previstos legalmente.

Resultando que no se ha aportado al expediente la documentación expresamente prevista por la Ley no cabe sino confirmar la resolución del registrador y desestimar el recurso.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid núm. 8, don Luis María Stampa Piñeiro de fecha 10 de octubre de 2019.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 27 de enero de 2020 (2.ª).–Firmado: El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.

Resolución de 27 de enero de 2020 (3.ª)

En el expediente CJ-20/2019 sobre convocatoria de Junta General a instancia de un socio de «La Española Contadores de Agua S.A.»

HECHOS

I

Don C.M.A.N. presentó un escrito de fecha 9 de septiembre de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día inmediato posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio de la mercantil «La Española Contadores de Agua S.A.», la convocatoria de Junta General de la sociedad por darse los presupuestos establecidos en dicho precepto.

Del escrito de solicitud resulta:

a) Que en acta autorizada por el notario de Madrid, don Francisco Javier Monedero San Martín en fecha 12 de junio de 2019, protocolo número 1798, requirió a los administra-

dores de la sociedad para que llevasen a cabo la convocatoria de junta general para tratar sobre los dos siguientes puntos de orden del día: «Pago por transferencia a los accionistas de cualquier futuro dividendo, liquidación de la sociedad y/o por cualquier concepto al que tengan derecho los accionistas de la misma. Ruegos y preguntas», y para que se levante acta notarial con cargo a la sociedad.

b) Que los administradores no han atendido su solicitud en los dos meses siguientes.

Específicamente solicita del registrador mercantil conforme al artículo 169.2 de la Ley de Sociedades de Capital, que lleve a cabo la convocatoria de Junta General con el orden del día reseñado.

Acompaña a la solicitud copia del acta de requerimiento autorizada por el notario reseñado en la fecha igualmente especificada a instancia de la sociedad La Española Contadores de Agua S.A. En dicha acta comparece don J.A.A.N. actuando como presidente del consejo de administración de la sociedad a efectos de requerir al notario autorizante para que de conformidad con la previsión del artículo 203 de la Ley de Sociedades de Capital levante acta de la junta general convocada por el consejo de administración. El notario acepta el requerimiento y en diligencia de fecha 12 de junio de 2019 se constituye al efecto en el lugar señalado para ejercer su ministerio. El notario deja constancia de que en el curso de la junta el hoy solicitante manifiesta que remitió un burofax a la compañía para que se incorporaran algunos puntos en el orden del día y que dicho burofax fue rechazado, lo que niega el presidente de la junta. Consta igualmente que ante esta situación el hoy solicitante entrega una carta con dos firmas y con solicitud de convocatoria a lo que responde el presidente que sólo está en la junta uno de los dos firmantes. Consta protocolizado un certificado emitido por la empresa «notificados» sobre burofax remitido por don C.A.N. dirigido a don A.A.N., La Española Contadores de Agua S.A. del que resulta la notificación de un texto del hoy solicitante dirigido a la sociedad La Española Contadores de Agua S.A. por el que solicita en relación a la convocatoria de la junta general de socios de la sociedad publicada el día 7 de mayo de 2019 la inclusión en el orden del día de los dos puntos a que se ha hecho referencia más arriba. Del acuse de recibo que consta a continuación resulta que practicado el envío el día 7 de mayo de 2019, se rehusó el día 8 de mayo posterior.

A continuación, consta protocolizada una carta dirigida por don C.M.A.N. y don G.A.N. por la que solicitan convocatoria de la junta general de la sociedad La Española Contadores de Agua S.A. con el orden del día que resulta de la solicitud así como la presencia, a costa de la sociedad, de notario para que levante acta notarial.

II

El registrador mercantil de Madrid núm. 8 don Luis María Stampa y Piñeiro requirió al solicitante en fecha 17 de septiembre de 2019 para que de conformidad con el artículo 169.2 de la Ley de Sociedades de Capital aportase al expediente el acta notarial de requerimiento a que se refiere el precepto señalado con acreditación de su entrega al órgano de administración, cuyo incumplimiento determina la solicitud de convocatoria por parte del registrador (con la advertencia de que en el momento de su presentación se valorará si el orden del día propuesto responde a las exigencias legales y a las competencias propias de la junta general).

III

Mediante escrito que tuvo entrada en el Registro Mercantil de Madrid el día 4 de octubre de 2019 el solicitante puso de manifiesto que en el acta notarial que acompañó a su escrito se certifica tanto su condición de socio como la entrega al autorizante de su solicitud de acta extraordinaria (sic), con indicación del orden del día. Que siendo el acta notarial un documento en el que se da fe de la entrega de una información, la misma ya consta acreditada. Que en otra acta referida a la junta ordinaria del año 2018 ya se intentó la solicitud de que el pago de dividendo se hiciera por transferencia bancaria lo que no se permitió dando lugar a la solicitud que ahora se hace a fin de evitar determinadas situaciones que se vienen produciendo.

IV

El registrador mercantil de Madrid núm. 8, don Luis María Stampa Piñeiro dictó resolución en fecha 10 de octubre de 2019 por la que acordó tener por desistido al solicitante al no haber presentado en el plazo legalmente previsto la documentación solicitada, cerrando el expediente.

V

Don C.A.N., por escrito de fecha 12 de noviembre de 2019, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: «Que el requerimiento a que se refiere el registrador se efectuó a través del acta notarial aportada en la que consta incorporada la solicitud de junta general con el orden del día propuesto. Que en dicha acta se certifica su condición de socio como la realización de solicitud de convocatoria general, Que siendo un acta notarial un acto realizado por notario que tiene por objeto transmitir una información, lo anterior resulta del acta incorporada.»

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; 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 fecha 21 de junio de 2016; así como las resoluciones en materia de convocatoria de juntas generales de fecha 7 y 9 de marzo, 1 y 25 de abril, 26 de mayo, 15 de junio, 2 de agosto, 25 de septiembre, 17 y 21 de octubre, 7 de noviembre y 16 y 23 de diciembre de 2016, 30 de mayo, 20 de julio, 18 y 25 de septiembre, 23 de octubre y 2 de noviembre de 2017, 7 y 9 de febrero y 24 de septiembre de 2018 y 10 de mayo y 26 de junio (1.ª y 3.ª) de 2019.

1. Un socio de una sociedad anónima solicita del registrador mercantil la convocatoria de junta general con fundamento en el artículo 169.2 de la Ley de Sociedades de Capital. Acompaña a su escrito de solicitud copia de acta de requerimiento instada por la administración de la sociedad y en la que se requiere al notario autorizante para que se persone en el lugar y día señalado al efecto de levantar acta de presencia del desarrollo de la junta. En la diligencia que resulta a continuación, el notario autorizante hace constar que en el desarrollo de la junta general y por parte del hoy solicitante se le entrega copia de un burofax dirigido en su día al órgano de administración conteniendo una solicitud de complemento de convocatoria. Igualmente, el notario hace constar que se le entrega por don C.N.A. un escrito, que adjunta igualmente al acta de junta, por el que dos personas solicitan la convocatoria de junta general en términos idénticos a los contenidos en la solicitud que da origen a la presente. El registrador, al amparo del artículo 68 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, requiere al solicitante para que le presente copia del acta notarial de requerimiento a que se refiere el artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital, resolviendo finalmente y ante la ausencia de la misma, poner fin al expediente. El interesado recurre.

2. Con carácter previo a la resolución de este expediente es preciso fijar adecuadamente su objeto pues existe cierta confusión sobre el contenido de la petición de quien lo inicia. Por un lado, en la instancia presentada ante el Registro Mercantil se refiere con toda claridad a su deseo de que se lleve a cabo la convocatoria de junta con el orden del día propuesto. Por otro lado y como fundamento de su solicitud se remite a un burofax incorporado al acta notarial de junta en el que se solicitó, en relación a una junta ya convocada, un complemento de convocatoria (art. 172 de la Ley de Sociedades de Capital). Finalmente y en el transcurso de la junta general que documenta el notario autorizante del acta entrega un escrito de solicitud de convocatoria de junta general (art. 169 de la Ley de Sociedades de Capital).

Esta Dirección General sólo puede referirse al supuesto de solicitud de convocatoria de junta general porque el régimen del complemento de convocatoria no contempla ni atribuye competencia alguna ni al registrador mercantil ni a esta Dirección en alzada (y sin perjuicio de las consecuencias que de tal solicitud resulten de conformidad con el artículo 172 de la Ley de Sociedades de Capital).

Consecuentemente el objeto de este expediente se ha de limitar a determinar si entregado en el curso de una junta general a su presidente un escrito de solicitud de convocatoria por uno de los socios, puede entenderse cumplimentado el conjunto de requisitos legalmente exigidos para que así se haga por parte del registrador mercantil.

3. La respuesta es forzosamente negativa. Dispone el artículo 169.2 de la Ley de Sociedades de Capital: «2. Si los administradores no atienden oportunamente la solicitud de convocatoria de la junta general efectuada por la

minoría, podrá realizarse la convocatoria, previa audiencia de los administradores, por el Secretario judicial o por el Registrador mercantil del domicilio social.».

A su vez el precepto trae causa de la anterior previsión del artículo 168 del reiterado cuerpo legal: «Los administradores deberán convocar la junta general cuando lo soliciten uno o varios socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social, expresando en la solicitud los asuntos a tratar. En este caso, la junta general deberá ser convocada para su celebración dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que se hubiere requerido notarialmente a los administradores para convocarla, debiendo incluirse necesariamente en el orden del día los asuntos que hubiesen sido objeto de solicitud.»

Como han puesto de manifiesto las resoluciones de 9 de marzo, 1 y 25 de abril de 2016, de los preceptos transcritos resulta que dos son los requisitos que deben ponerse de manifiesto en el expediente registral: que la convocatoria sea solicitada por un socio de la sociedad que reúna el mínimo de capital a que se refiere el artículo 168, y que el órgano de administración no haya atendido la solicitud de convocatoria de la junta general efectuada mediante requerimiento notarial.

Como resulta de los preceptos transcritos, el fundamento del procedimiento de solicitud de convocatoria por el registrador mercantil reside en que por parte del socio que reúna el porcentaje de capital señalado se haya requerido previamente al órgano de administración a fin de que por este se lleve a cabo la convocatoria solicitada. La existencia del fundamento en que se basa la solicitud del socio debe ser acreditada ante el registrador para que el procedimiento pueda ser objeto de desarrollo.

4. 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 existe en la Ley, en los distintos expedientes, una remisión expresa a lo previsto para ello en el Reglamento del Registro Mercantil. Así, en el artículo 40 del Código de Comercio; artículos 139 y 140 de la Ley de Sociedades de Capital; artículo 266.2 de la Ley de Sociedades de Capital; artículo 377 de la Ley de Sociedades de Capital; artículo 381.2 y artículo 422 de la Ley de Sociedades de Capital. Falta sin embargo remisión expresa al Reglamento del Registro Mercantil en los supuestos de convocatoria de junta por el registrador (*cfr.* artículos 169 y 170 de la Ley de Sociedades de Capital) o en la separación y sustitución de liquidadores (arts. 380 y 389 de la Ley de Sociedades de Capital). También en estos casos de ausencia de una remisión expresa al Reglamento del Registro Mercantil debemos entender que se aplicará el procedimiento que allí estuviere contemplado. También en estos casos de

ausencia de una remisión expresa al Reglamento del Registro Mercantil debemos entender que se aplicará el procedimiento que allí estuviere contemplado. Téngase en cuenta que, aunque en materia de convocatoria registral de junta, nada se dice sobre las normas a las que se ajustará el procedimiento, en sede de convocatoria de asamblea el artículo 422.3 de la Ley de Sociedades de Capital sí se contiene una expresa remisión al Reglamento del Registro Mercantil.

Mientras no se dicte un nuevo Reglamento del Registro Mercantil habrá que aplicar las reglas de procedimiento que por su función y naturaleza sean idóneas. El modelo de referencia de procedimiento registral que debe servir de marco para tramitar estos expedientes es el establecido en el Capítulo II del Título III, del nombramiento de expertos y de auditores de cuentas, artículos 338 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y muy especialmente, habida cuenta que debe darse traslado a la sociedad y debiéndose permitir al empresario o sociedad formular oposición, lo establecido en cuanto a auditores en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

5. En relación con el objeto del 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 reside exclusivamente en resolver si resultan acreditados en el expediente el conjunto de requisitos exigidos por la Ley para que por parte del registrador se lleve a cabo la convocatoria de junta general.

Así, 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 regulación del procedimiento, que se encuentra en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, refleja lo limitado del conocimiento del registrador durante su tramitación y de esta Dirección General en instancia. Con carácter expreso establece el artículo 363.1del 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 así por lo limitado de su ámbito de conocimiento, limitado a la verificación de que concurren los requisitos exigidos por la Ley, y de sus medios de conocimiento.

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.

6. Así las cosas en el procedimiento que da lugar a la presente el registrador, tras solicitar del presentante la aportación del requerimiento notarial a que se refiere el artículo 168 de la Ley de Sociedades de Capital, desestima la solicitud por no aportarse al expediente. El recurrente entiende que la justificación de su existencia resulta de copia del acta a que se refieren los hechos en la que consta unido un documento remitido en su día al órgano de administración por burofax solicitando complemento de convocatoria así como otro, entregado en mano, con solicitud de convocatoria de junta.

Dejando de lado, por las razones expuestas más arriba, la cuestión relativa al complemento de convocatoria, esta Dirección no puede compartir el razonamiento del recurrente pues no pueden confundirse las actas a que se refiere el artículo 168 de la Ley de Sociedades de Capital con aquellas a que hace mención el artículo 203 del mismo cuerpo legal, como no puede confundirse la entrega en mano de un documento con la realización de un requerimiento notarial.

Como resulta del artículo 168 de la Ley de Sociedades de Capital el socio que pretenda la convocatoria de junta con determinado orden del día debe requerir notarialmente al órgano de administración. Dicho tipo de acta, acta de requerimiento, viene regulada en los artículos 202 y siguientes del reglamento notarial que las define del siguiente modo: «Las actas de notificación tienen por objeto transmitir a una persona una información o una decisión del que solicita la intervención notarial, y las de requerimiento, además, intimar al requerido para que adopte una determinada conducta.» En consecuencia y dado que tal y como resulta del artículo 168 de la Ley de Sociedades de Capital lo que se pretende con el acta no sólo es poner en conocimiento del órgano de administración la solicitud de convocatoria sino, además, intimarle a que lo lleve a cabo, nos encontramos ante un supuesto claro de acta de requerimiento. La realización de este tipo de acta viene revestida de un conjunto de trámites, que debe cumplimentar el notario autorizante, que tienen como finalidad que se lleve a cabo de la forma que ofrezca las mayores garantías posibles tanto al requirente como al destinatario el cual, de conformidad con el artículo 204 del Reglamento Notarial tiene derecho a contestar al requerimiento.

Por el contrario, dice así el artículo 203 de la Ley de Sociedades de Capital: «1. Los administradores podrán requerir la presencia de notario para que

levante acta de la junta general y estarán obligados a hacerlo siempre que, con cinco días de antelación al previsto para la celebración de la junta, lo soliciten socios que representen, al menos, el uno por ciento del capital social en la sociedad anónima o el cinco por ciento en la sociedad de responsabilidad limitada. En este caso, los acuerdos sólo serán eficaces si constan en acta notarial. 2. 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. 3. Los honorarios notariales serán de cargo de la sociedad.» Dicha regulación, que se complementa con la establecida en los artículos 101 a 104 del Reglamento del Registro Mercantil, tiene como finalidad dejar constancia fehaciente de lo ocurrido en la junta general participando del concepto de actas de presencia a que se refiere el artículo 199 del Reglamento Notarial: «Las actas notariales de presencia acreditan la realidad o verdad del hecho que motiva su autorización.»

De la simple comparación entre ambos tipos de actas resulta con claridad que obedecen a necesidades y circunstancias distintas de donde resulta una regulación específica para cada una de ellas en el Reglamento Notarial acorde con su naturaleza.

Llegados a este punto resulta claramente que el acta de presencia por la que el órgano de administración de una sociedad requiere al notario para que de fe del contenido de la junta (art. 203 de la Ley de Sociedades de Capital), no cumple las funciones de notificar y requerir a que se refiere el artículo 168 de la propia ley. Entender equiparable el acta de presencia que se autoriza a solicitud de la propia sociedad con aquella que debe autorizarse a instancia y en interés de un socio para requerir al órgano de administración de aquella resulta sencillamente imposible, cuando menos porque en esta última se reconoce un derecho a la sociedad a responder que, evidentemente, no resulta de aquella y que no puede ser soslayado sin perjudicar el conjunto de garantías previsto en el ordenamiento jurídico.

Esto es así aun cuando resulte del acta de junta, como ocurre en el supuesto de hecho, que el socio requirió a la sociedad un determinado comportamiento de convocatoria mediante la entrega de un escrito con tal contenido. El hecho de que se incorpore al acta de junta un documento con el expresado contenido sin duda tiene la utilidad de acreditar su existencia y la fecha de entrega, pero en ningún caso cumple con las garantías previstas en el Reglamento Notarial para la práctica tanto del requerimiento propiamente dicho como del derecho del requerido a contestar (art. 204 del Reglamento Notarial). En definitiva, el hecho de que el artículo 168 de la Ley de Sociedades de Capital se refiera explícitamente a que el requerimiento sea notarial debe interpretarse en el sentido de que la observancia de dicha exigencia implica la sujeción a los requisitos de garantía que para dicho supuesto contempla el Reglamento Notarial, requisitos que no se cumplen si la requisitoria se lleva a cabo por medios distintos a los previstos legalmente.

Resultando que no se ha aportado al expediente la documentación expresamente prevista por la Ley no cabe sino confirmar la resolución del registrador y desestimar el recurso.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid núm. 8, don Luis María Stampa Piñeiro de fecha 10 de octubre de 2019.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 27 de enero de 2020 (3.ª).–Firmado: El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro. Sr registrador mercantil de Madrid.

Resolución de 27 de enero de 2020 (4.ª)

En el expediente CJ-21/2019 sobre convocatoria de Junta General a instancia de un socio de «MDM Titulari, S.L.»

HECHOS

I

Don J.V.M. presentó un escrito de fecha 5 de junio de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Madrid en el que solicitó, al amparo del artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio de la mercantil «MDM Titulari, S.L.», la convocatoria de Junta General de la sociedad por darse los presupuestos establecidos en dicho precepto.

II

Seguido el procedimiento por todos sus trámites, el registrador mercantil de Madrid don Francisco Javier Llorente Vara resolvió con fecha 4 de julio de 2018 dejar en suspenso el expediente por resultar del mismo la interposición de una querella criminal de la que resulta la indeterminación de la legitimación del solicitante.

III

Mediante escrito de fecha 9 de octubre de 2019, el solicitante, don J.V.M. solicitó del registrador el «desbloqueo» del expediente y la convocatoria de junta general solicitada, incluyendo la solicitud de que se le designe como presidente de la junta general a convocar o a otra persona jurídica que señala, así como secretario a cualquiera de las anteriores o a otra tercera persona que cita.

Fundamenta su petición en las siguientes alegaciones: 1.º Que la querella interpuesta en fecha 13 de mayo de 2018 por doña M.D.M. que motivó la anterior resolución fue inadmitida por auto de fecha 26 de junio de 2018 del Juzgado de Instrucción núm. 15 de Madrid, sufriendo igual destino la querella presentada posteriormente en fecha 2 de julio de 2018 ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ávila núm. 3 que si bien admitió la querella y adoptó medidas cautelares revocó estas por auto de fecha 3 de octubre de 2018, lo que fue confirmado por la Audiencia Provincial. Que la sociedad también presentó otra querella que fue inadmitida por auto firme de 15 de abril de 2019 de la Audiencia Provincial de Madrid. 2.º Que la administradora de la sociedad inició un procedimiento civil de declaración de nulidad de la donación en la que fundamenta el solicitante su legitimación dictándose su suspensión por existencia de prejudicialidad penal si bien posteriormente se ordenó alzar la suspensión mediante diligencia de ordenación de fecha 19 de junio de 2019. Que en el procedimiento se desestimó la adopción de medidas cautelares, incluidas las relativas a la suspensión del derecho de voto. Que de lo anterior resulta que en un procedimiento plenario el juez ha decidido que no procede ninguna medida que suspenda los derechos del socio. Que en otro expediente relativo a otra sociedad, Las Dehesillas de Cebreros S.A., tramitado en el juzgado núm. 10 de Madrid se acordó la convocatoria judicial por auto de fecha 10 de junio de 2019 por entender que la existencia de otro procedimiento judicial no puede paralizar la vida social. Que lo mismo ocurre en el supuesto de hecho de la presente. 3.º Que la administradora de la sociedad ha celebrado junta general el día 10 de julio de 2019 en la que no se convocó ni se reconoció el capital del solicitante y en la que se han modificado determinados artículos de los estatutos con la finalidad de evitar el ejercicio de sus derechos, todo lo cual confirma la necesidad de la convocatoria de la junta general, aunque no haya sido objeto de inscripción.

IV

Trasladado el anterior escrito a la sociedad se opuso a la solicitud de levantamiento de la suspensión, mediante escrito de fecha 11 de noviembre de 2019, en base a los siguientes argumentos: Que en contra de lo que dice el solicitante los hechos denunciados ante el juzgado núm. 3 de Ávila son los mismos que se están enjuiciando en el juzgado de lo mercantil núm. 6 de Madrid. Que la querella fue archivada porque la Audiencia consideró que era más adecuada la vía civil lo que se llevó a cabo mediante la interposición de la demanda por la que se solicita la declaración de la nulidad de las donaciones en que fundamenta el solicitante su legitimación, demanda que se admitió a trámite el día 31 de enero de 2019 (se

acompaña documentación de respaldo). Que la interpretación que hace el solicitante del auto de medidas cautelares no responde a la realidad pues en ningún momento le autoriza al ejercicio del derecho de voto. Que en consecuencia no existe resolución firme que concluya la cuestión de la titularidad de las participaciones del solicitante. Que en cuanto a la solicitud de convocatoria de junta general de otra sociedad consta igualmente impugnada ante el juzgado mercantil núm. 11 de Madrid. Que el hecho de que se celebrase junta general el día 10 de junio de 2019 nada tiene que ver con este expediente. Que en definitiva no existiendo resolución judicial firme y estando la cuestión siendo objeto de conocimiento en vía judicial procede el mantenimiento de la suspensión en su día acordada.

V

Por escrito de fecha 18 de noviembre de 2019, don J.V.M., realizó las siguientes alegaciones: Que habiendo transcurrido más de un mes desde la presentación del escrito por el que solicitaba el levantamiento de la suspensión acordada en su día entiende que se debe a que se ha dado trámite de audiencia a la administradora de la sociedad. Que esta señora mantiene una posición obstruccionista no sólo en esta sociedad sino en otras del grupo como es la sociedad Las Dehesillas de Cebreros S.A. Que en dicha sociedad el registrador mercantil de Ávila ha acordado la convocatoria de junta general. Que solicita de nuevo que se proceda a la convocatoria de la junta general de la sociedad.

VI

El registrador mercantil de Madrid núm. 11, don Francisco Javier Llorente Vara por resolución de fecha 25 de noviembre de 2019 resolvió desestimar la anterior solicitud y mantener la suspensión del procedimiento por resultar del expediente la existencia de litispendencia sobre la titularidad de las participaciones en que basa su legitimación el solicitante.

VII

Don J.V.M., por escrito de fecha 10 de diciembre de 2019, 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: «Que la querella que se presentó días antes que la solicitud de convocatoria de junta general nunca fue admitida a trámite por lo que debió procederse a convocar la junta solicitada sin que quepa alegar la existencia de acciones posteriores para mantener el bloqueo del expediente. Que en cualquier caso las posteriores querellas son posteriores a la solicitud. Que el registrador fundamenta su resolución en la interposición de una demanda civil interpuesta más de seis meses después de hecha la solicitud y en la que no se aceptaron medidas cautelares. Que de acuerdo con la doctrina de la Dirección General (que se cita), la demanda o querella debe ser anterior a la presentación de la solicitud. Además de admitirse se estaría abriendo la puerta a demandas carentes de fundamento que conseguirían el efecto deseado de suspender los expedientes administrativos. Que si las medidas cautelares en el procedimiento civil determinan que el solicitante ostenta la cualidad de titular de las participaciones y puede ejercer los derechos políticos inherentes, dicho pronunciamiento debe ser respetado por la administración. Que existe un riesgo elevadísimo de actos fraudulentos por

parte de la administradora de la sociedad por lo que debe darse cumplimiento a la medida cautelar acordada jurisdiccionalmente y levantar la suspensión acordada.»

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; 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 fecha 21 de junio de 2016; así como las resoluciones en materia de convocatoria de juntas generales de fecha 7 y 9 de marzo, 1 y 25 de abril, 26 de mayo, 15 de junio, 2 de agosto, 25 de septiembre, 17 y 21 de octubre, 7 de noviembre y 16 y 23 de diciembre de 2016, 30 de mayo, 20 de julio, 18 y 25 de septiembre, 23 de octubre y 2 de noviembre de 2017, 7 y 9 de febrero y 24 de septiembre de 2018 y 10 de mayo y 26 de junio (1.ª y 3.ª) de 2019.

1. Un socio de una sociedad de responsabilidad limitada solicita del registrador mercantil la convocatoria de junta general por considerar que se dan los presupuestos legales para ello. El registrador mercantil resuelve, tras dar audiencia a la sociedad, la suspensión del procedimiento por constar en el expediente la interposición de una querella que a su juicio interfiere en el objeto del procedimiento. Esta resolución no es objeto de recurso y deviene firme.

Con posterioridad el socio solicita la reapertura del expediente porque la querella criminal que se interpuso, tras varios recursos, fue inadmitida. La sociedad por su parte justifica la interposición de demanda civil sobre nulidad de la donación en que fundamenta su derecho el solicitante. El registrador resuelve que no procede la reapertura del expediente en resolución de 25 de noviembre de 2019 contra la que recurre en apelación el solicitante por los motivos que se han hecho constar más arriba.

2. Esta Dirección General considera oportuno recordar su doctrina en materia de litispendencia tanto penal como civil.

Por lo que respecta a la primera, 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, lo que nos lleva al tratamiento de la litispendencia de este orden jurisdiccional.

En materia de litispendencia civil, establece el artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: «Cuando para resolver sobre el objeto del litigio sea necesario decidir acerca de alguna cuestión que, a su vez, constituya el objeto principal de otro proceso pendiente ante el mismo o distinto tribunal civil, si no fuere posible la acumulación de autos, el tribunal, a petición de ambas partes o de una de ellas, oída la contraria, podrá mediante auto decretar la suspensión del curso de las actuaciones, en el estado en que se hallen, hasta que finalice el proceso que tenga por objeto la cuestión prejudicial.»

En la materia que nos ocupa, y en la misma línea, 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.».

Por su parte así lo afirma 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 artículo 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 inter-

pretativa lo previsto en el art 19.4 LJV, así como en los casos de tramitación simultánea (art. 6 LJV), 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).

Por el contrario, procede la suspensión cuando el objeto del proceso judicial incida directamente en el objeto del expediente cuya tramitación lleva a cabo el registrador. Así lo han entendido las Resoluciones de esta Dirección General en materia de convocatoria de juntas de 7 de marzo y 17 de octubre y 16 de diciembre de 2016,

3. Aplicadas las consideraciones anteriores al supuesto de hecho es claro que no procede la estimación del recurso al resultar del expediente, sin que sea objeto de discusión, la existencia de un procedimiento civil que tiene por objeto la validez de la donación en que fundamenta su legitimación el solicitante, cuyos argumentos de contrario no pueden enervar tal conclusión.

No puede amparar esta Dirección General el argumento de que procede la estimación del recurso porque la interposición del recurso en vía civil haya sido posterior a la solicitud. Es cierto, como pone de relieve el escrito de recurso, que en la doctrina elaborada al respecto por esta Dirección se menciona el hecho de que la interposición de una demanda haya de ser anterior a la solicitud. Pero siendo cierto lo anterior, no lo es menos que ninguno de los preceptos que han sido reseñados exige que la litispendencia sea anterior a la cuestión a suspender; bien al contrario, el mandato de suspensión se hace con total independencia de dicha circunstancia lo que resulta del todo coherente con su finalidad: impedir la continuación del expediente hasta que en sede jurisdiccional se determine, con carácter firme, en un sentido u otro. Si de esta circunstancia puede resultar

la interposición de demandas infundadas es cuestión que igualmente ha de ser apreciada por el órgano jurisdiccional competente.

Tampoco puede amparar esta Dirección General el alcance que el recurrente pretende deducir del hecho de que el juzgado que conoce de la materia haya rechazado la adopción de medidas cautelares, decisión que se circunscribe al procedimiento y de la que no puede resultar una conclusión sobre el fondo del asunto. Se hayan adoptado o no medidas cautelares la situación en relación al expediente no se ve alterada y no será hasta que recaiga resolución judicial firme cuando se proceda a su reanudación como resulta de los preceptos legales aplicables y que han sido expuestos.

Por último, si existe o no riesgo de que se produzcan actos en fraude de los derechos del solicitante es algo que escapa por completo del objeto de la presente que se limita a determinar si concurren o no los requisitos para que por parte del registrador mercantil se acuerde la convocatoria de junta general (art. 169 de la Ley de Sociedades de Capital), cuestión que, como se ha reiterado, depende de la resolución judicial firme que sobre la cuestión de la legitimación del solicitante se adopte.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid núm. 11, don Francisco Javier Llorente Vara de fecha 25 de noviembre de 2019.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 27 de enero de 2020 (4.ª).–Firmado: El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.

Resolución de 2 de junio de 2020 (3.ª)

En el expediente 2/2020 sobre convocatoria de Junta General a instancia de un socio de «Talleres Ramírez Inés, S.A.»

HECHOS

I

Don J.R.I. presentó un escrito dirigido al Registro Mercantil de Almería, en el que tuvo su entrada el 31 de enero de 2020, en el que solicitó, al amparo del artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio de la mercantil «Talleres Ramírez Inés, S.A.», la convocatoria de Junta General de la sociedad por darse los presupuestos establecidos en dicho precepto.

En fecha 6 de febrero de 2020, el registrador mercantil de Almería ofició a la administración mancomunada a fin de que realizara las alegaciones que tuviese por conveniente y acompañase certificación del libro registro de socios.

El día 7 de febrero de 2020 uno de los dos miembros del órgano de administración contesta sin otro contenido que la remisión al Registro Mercantil de la certificación del libro de socios y el día 13 del mismo mes el registrador mercantil de Almería resuelve la procedencia de convocatoria de Junta General.

II

El día 17 de febrero de 2020 tiene entrada en el Registro Mercantil de Almería un escrito de don A.I.R. de la misma fecha en la que manifiesta lo siguiente:

a) Que es administrador mancomunado de la sociedad.

b) Que ha tenido conocimiento del escrito del registrador mercantil por la que se le cita, como administrador, para realizar alegaciones en relación a la convocatoria de junta general a instancia del otro administrador mancomunado de la sociedad.

c) Que muestra su oposición a la convocatoria de junta general.

d) Que el otro administrador mancomunado, don M.I.R. ha venido actuando de modo unilateral lo que ha provocado la interposición de una querella criminal por su parte en la que se ha solicitado como medida cautelar la suspensión de la convocatoria de junta general convocada por el registrador mercantil. Que además procede la prejudicialidad penal.

Acompaña copia de la querella.

III

El registrador mercantil de Almería, don Gustavo Adolfo Moya dictó resolución en fecha 18 de febrero de 2020 por la que acordó inadmitir el escrito al haber sido recibido más allá de los cinco días de plazo legal y poniendo en su conocimiento que la convocatoria está acordada para su celebración el día 1 de abril de 2020 en primera convocatoria y veinticuatro horas después en segunda convocatoria con el siguiente orden del día: Transformación de la sociedad anónima en sociedad limitada. Cese de los administradores. Nombramiento de los administradores.

IV

Don A.R.I., por escrito de fecha 24 de febrero de 2020, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Almería, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los argumentos expuestos en su escrito de oposición,

poniendo de relieve además que la notificación de haberse solicitado la convocatoria de junta general no llegó a su conocimiento hasta que se le notificó por el otro administrador y resultando que debiéndose dar conocimiento al otro administrador mancomunado debió existir certeza de que así había sido. Que debe tenerse la comunicación por no efectuada y decretar la nulidad de la notificación de fecha 4 de febrero habiendo sustraído la posibilidad de que el ahora recurrente compareciese en el procedimiento y realizase alegaciones.

Acompaña certificado de burofax del que resulta como expedidor don M.R.I. y como destinatario el recurrente y con fecha de recepción el 12 de febrero de 2020.

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; 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 fecha 21 de junio de 2016; así como las resoluciones en materia de convocatoria de juntas generales de fecha 7 y 9 de marzo, 1 y 25 de abril, 26 de mayo, 15 de junio, 2 de agosto, 25 de septiembre, 17 y 21 de octubre, 7 de noviembre y 16 y 23 de diciembre de 2016, 30 de mayo, 20 de julio, 18 y 25 de septiembre, 23 de octubre y 2 de noviembre de 2017, 7 y 9 de febrero y 24 de septiembre de 2018, 10 de mayo y 26 de junio (1.ª y 3.ª) de 2019 y 27 de enero y 16 y 20 de marzo de 2020.

1. Un socio de una sociedad anónima solicita del Registro Mercantil de Almería la convocatoria de junta general de la sociedad con amparo en el artículo 168 de la Ley de Sociedades de Capital. El registrador transmite a la sociedad la solicitud y la documentación que la acompaña en cumplimiento de la previsión del artículo 354 de Reglamento del Registro Mercantil. Uno de los dos administradores mancomunados contesta limitándose a remitir al Registro Mercantil el certificado de socios que este le reclamaba con su comunicación. El mismo administrador remite por burofax al otro administrador mancomunado y hoy recurrente el contenido del oficio que había recibido del Registro Mercantil.

Este segundo administrador mancomunado remite sus alegaciones al registro oponiéndose a la convocatoria y afirmando que ha interpuesto querella contra el otro administrado y solicitado medida cautelas de suspensión de la convocatoria ya realizada.

2. Corresponde analizar en primer lugar la trascendencia del hecho de que el escrito de oposición de uno de los dos administradores mancomunados de la sociedad ha tenido acceso al Registro Mercantil tras el plazo previsto en el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil. Como puso de relieve la Resolución de la DGRN de 25 de julio de 2014 en sede de recursos contra

la designación de auditor: «En el caso presente, consta en el expediente que la notificación a la sociedad se llevó a cabo el día 13 de marzo de 2014, mientras que el escrito de oposición tuvo entrada en el Registro Mercantil el día 25 de marzo si bien fue depositado en la oficina de Correos el día 21 de marzo, es decir, una vez vencido el plazo de cinco días para su interposición, vencimiento que tuvo lugar el día 19 de marzo del mismo año. No obstante lo anterior, es doctrina reiterada de esta Dirección (resolución de 17 de noviembre de 2008, entre otras), que la oposición a la solicitud es una facultad o derecho de la sociedad y no una carga y, por consiguiente, que el Registrador debe resolver el fondo de la cuestión, es decir, decidir si el solicitante reúne o no los requisitos de capital y tiempo exigidos por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital para proceder al nombramiento de auditor, y ello aunque la sociedad no se oponga o se oponga fuera del plazo reglamentariamente establecido.»

3. Aceptado el hecho de que el escrito debe tenerse en cuenta en la presente resolución, cuestión distinta es determinar su viabilidad en el procedimiento habida cuenta de que el registrador ya ha emitido resolución estimatoria de convocatoria de junta.

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 del expediente de convocatoria de junta no reside en resolver las cuestiones de fondo que las partes involucradas puedan haber formulado en sus escritos de solicitud y de oposición.

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

Consecuentemente, no procede que en el limitado ámbito de conocimiento que se atribuye por la ley, el registrador se pronuncie sobre cuestiones que exceden a la naturaleza y objeto del expediente como son las planteadas por el recurrente. 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.

Sin perjuicio de lo anterior, 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 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 (arts. 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* art. 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* art. 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.

Nada impide tampoco que el legitimado acuda directamente a los tribunales de justicia en impugnación de la resolución del registrador estimando la solicitud de convocatoria y que, en el ámbito de dicho procedimiento, solicite del juzgador las medidas cautelares que estime por conveniente (art. 721 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

4. La pretensión de que se declare la nulidad de la notificación a la sociedad que contiene el escrito de recurso no puede prosperar. La obligación del registrador es notificar a la sociedad sobre el hecho de que se ha presentado la solicitud de convocatoria con remisión de la documentación en que se fundamenta. Recibida la notificación por la sociedad, es una cuestión interna cómo se hace llegar a quien ostenta la obligación de gestionar la sociedad. Si quien tiene la obligación de hacer llegar al órgano de administración el contenido de la notificación no lo hace o lo hace de modo defectuoso, tal circunstancia no se puede imputar al procedimiento que se ha desarrollado en el modo previsto en la norma, sin perjuicio de que, quien se considere perjudicado por una actuación desleal, ejercite las acciones que el ordenamiento pone a su disposición.

Es cierto que la administración mancomunada exige la actuación conjunta de los administradores que en tal condición la ostentan. Sin embargo y como

ha quedado acreditado, el procedimiento se ha seguido de acuerdo a sus normas de realización, sin que pueda quedar empeñada su validez por el cumplimiento de normas internas de actuación de la sociedad que son ajenas al mismo. Además, y como ha reiterado esta Dirección en múltiples ocasiones (*vide* por todas, resoluciones de 30 de julio y 8 de agosto de 2014 y 27 de febrero de 2015), el procedimiento se caracteriza por la falta de rigor formal del expediente lo que exime del cumplimiento de requisitos excesivos. Como ha reiterado esta Dirección General desde antiguo (*vide* Resolución de 28 de julio de 1992 entre otras), el principio de igualdad entre las partes del procedimiento quedaría conculcado si un rigorismo excesivo exigiera a las partes una prueba completa y rigurosa de su situación jurídica y siempre sin perjuicio del oportuno ejercicio de las acciones que a las mismas reconoce el ordenamiento jurídico.

Por último y aunque el escrito de recurso no lo menciona, no resulta del expediente que la existencia de una querella criminal influya en el resultado de este expediente ni que el juez competente haya adoptado medidas cautelares sobre la convocatoria de junta general. Dispone el artículo 10 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial, lo siguiente: «1. A los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente. 2. No obstante, la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta determinará la suspensión del procedimiento mientras aquélla no sea resuelta por los órganos penales a quienes corresponda, salvo las excepciones que la Ley establezca.»

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

Al amparo de dicha regulación es doctrina consolidada de esta Dirección General en materia de recursos sobre designación de auditores, (resoluciones de 22 de septiembre de 2012, 13 de mayo y 20 de diciembre de 2013, 31 de enero de 2014 y 25 de junio de 2015, entre las más recientes), que sólo procede la suspensión del procedimiento cuando, con anterioridad a la presentación de la instancia del socio en el Registro Mercantil, 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.

No concurriendo esta circunstancia en el supuesto de hecho procede la desestimación del recurso.

Atendiendo a las circunstancias de hecho y a los Fundamentos de Derecho expuestos, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Almería, don Gustavo Adolfo Moya de fecha 18 de febrero de 2020.

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

De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 2 de junio de 2020 (3.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 2 de junio de 2020 (4.ª)

En el expediente 3/2020 sobre convocatoria de Junta General a instancia de un socio de «Viguetas López, S.A.»

HECHOS

I

Don A.L.L. presentó un escrito de fecha 26 de diciembre de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Málaga, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio de la mercantil «Viguetas

López S.A.», 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 socio titular de mas del cinco por ciento del capital social requirió a la administración de la sociedad en los términos que se dirá.

Acompaña copia del acta de requerimiento autorizada por el notario de Málaga don Leopoldo López-Herrero Pérez el dia 17 de octubre de 2019 de la que resulta que el solicitante y otra socia de la sociedad le requieren para que a su vez entregue cédula de requerimiento al administrador de la sociedad de convocatoria de junta general con el orden del dia que consta mas adelante. Consta como fecha de entrega la de 21 de octubre de 2019.

b) Que la sociedad no ha atendido el requerimiento efectuado por lo que procede la solicitud de convocatoria por parte del registrador.

Específicamente solicita del registrador mercantil:

a) Que lleve a cabo la convocatoria de Junta General de conformidad con el artículo 169.2 con el orden del día siguiente: Primero. Rendición de cuentas de la gestión del administrador durante el ejercicio 2019. Segundo. Presentación de cuentas anuales ejercicio 2018, aplicación de resultados y aprobación de la gestión. Tercero. Cese, en su caso, del administrador único y nombramiento de un nuevo órgano de administración. Cuarto. Ruegos y preguntas.

b) Que se designe al notario autorizante del acta como notario para levantar acta de la junta actuando como secretario de la misma.

c) Que se designe su notaria como lugar de celebración de la junta

d) Que designe como presidente de la Junta General al propio solicitante.

II

Tras determinada diligencia llevada a cabo por el registrador y previo traslado a la sociedad de la solicitud por su parte, la administración de la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: Que en fecha 7 de febrero de 2020 se han publicado los anuncios de la convocatoria de la junta general de la sociedad dando cumplimiento al requerimiento hecho por el accionista. Que el retraso en la publicación ha sido debido a la demora en la entrega de determinada documentación por parte de la asesoría de la sociedad. Que entiende que los dos primeros puntos del orden del dia no proceden; en cuanto a la rendición de cuentas del ejercicio 2019 por que la administración social dispone del plazo de tres meses después del cierre del ejercicio para la formulación de las cuentas sin que haya sido entregada la documentación necesaria por parte de la asesoría. En cuanto a la presentación de las cuentas del ejercicio 2018, porque ya se sometió a los accionistas de la sociedad y se encuentran depositadas en el Registro Mercantil.

Acompaña a su escrito copias de los anuncios publicados en un diario y en el Borme. Del anuncio resulta la convocatoria de junta general extraordinaria de la sociedad para su celebración en fecha 11 de marzo de 2020 a instancia de socio con el siguiente orden del dia: Primero. Modificación del artículo 15 de los estatutos sociales relativo a la constitución de la junta con el objetivo de fijar nueva forma de convocatoria. Segundo. Examen y aprobación de la escisión total proyectada de Viguetas López S.A. y traspaso en bloque del patrimonio escindido a dos sociedades de responsabilidad limitada de nueva creación denominadas …Aprobación del proyecto de escisión depositado en el Registro Mercantil de Málaga en fecha 29 de octubre de 2019. Tercero. Régimen fiscal. Cuarto. Cese, en su caso, del administrador único y nombramiento de un nuevo órgano de administración… (el anun-

cio también comprende la referencia a la improcedencia de incluir en el orden del dia los dos puntos primeros del requerimiento del socio y los motivos para ello).

III

El registrador mercantil accidental de Málaga, don Gonzalo Diéguez Oliva dictó resolución en fecha 18 de febrero de 2020 por la que acordó desestimar la oposición y estimar la solicitud del socio.

IV

Don A.G.L.M., como administrador único de la sociedad, por escrito de fecha 4 de marzo de 2020, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Málaga, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: «1.º Que en el requerimiento que se recibió de dos socios de la sociedad se incluía la rendición de cuentas del ejercicio 2019 para lo que resultaba imprescindible disponer del oportuno soporte contable que a dia de hoy sigue sin haber sido entregado por la asesoría en la que la sociedad tiene externalizado el servicio. Que resulta imposible cumplir con el deber de información a que se refiere el artículo 272 de la Ley de Sociedades de Capital. Que no se encuentra vencida la obligación de someter a la junta general las cuentas del ejercicio 2019 pues el plazo no vence hasta el dia 30 de junio de 2020. 2.º Que dos puntos del requerimiento fueron excluidos de la convocatoria para la junta general extraordinaria convocada para el dia 11 de marzo de 2020, por los motivos que se señalaron pese a lo que el registrador considera inválida la convocatoria. Que como ya se explicó se excluyó el sometimiento a aprobación de las cuentas del ejercicio 2018 porque ya lo habían sido como resulta de su depósito en el propio registro y en cuanto a las del 2019 porque no ha transcurrido el plazo para hacerlo. Que el Tribunal Supremo ha analizado en distintas sentencias (con cita), el concepto de abuso de derecho del artículo 7 del Código Civil que es de aplicación al supuesto. 3.º Que el registrador se ha excedido de los límites en que se desenvuelve el expediente conforme al artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil pues ni puede declarar nula una convocatoria realizada por el administrador de la sociedad conforme a laos estatutos y a la ley ni puede plantear como alternativa que la administración publique un complemento de convocatoria a sabiendas d que se llevaría a cabo fuera de plazo. El registrador debería haber convocado junta general en los términos que considerase oportuno. »

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; 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 fecha 21 de junio de 2016; así como las resoluciones en

materia de convocatoria de juntas generales de fecha 7 y 9 de marzo, 1 y 25 de abril, 26 de mayo, 15 de junio, 2 de agosto, 25 de septiembre, 17 y 21 de octubre, 7 de noviembre y 16 y 23 de diciembre de 2016, 30 de mayo, 20 de julio, 18 y 25 de septiembre, 23 de octubre y 2 de noviembre de 2017, 7 y 9 de febrero y 24 de septiembre de 2018 y 10 de mayo y 26 de junio (1.ª y 3.ª) de 2019.

1. 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 del expediente de convocatoria de junta no reside en resolver las cuestiones de fondo que las partes involucradas puedan haber formulado en sus escritos de solicitud y de oposición.

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

Consecuentemente, no procede que en el limitado ámbito de conocimiento que se atribuye por la ley, el registrador se pronuncie sobre cuestiones que exceden a la naturaleza y objeto del expediente. Ninguna de dichas cuestiones o de otras similares puede ser analizada en este expediente que tiene el limitado alcance expuesto, sin perjuicio de que la parte que considere que se ha producido conculcación o fraude de Ley, abuso de Derecho o que de cualquier modo considere que su situación jurídica no es debidamente respetada tiene abierta la vía jurisdiccional para que en un procedimiento plenario, con audiencia de las personas interesadas y con plenitud de medios de prueba alegue lo que estime oportuno en su defensa, sin perjuicio de cualquier otra acción que pudiera corresponderle.

2. Sin perjuicio de lo anterior, 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 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 (arts. 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* art. 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* art. 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.

Nada impide tampoco que el legitimado acuda directamente a los tribunales de justicia en impugnación de la resolución del registrador estimando la solicitud de convocatoria y que, en el ámbito de dicho procedimiento, solicite del juzgador las medidas cautelares que estime por conveniente (art. 721 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Procede en consecuencia la inadmisión del recurso.

3. Sin perjuicio de lo anterior y dados los términos en que se expresa el escrito de recurso, esta Dirección General considera conveniente poner de manifiesto que ciertamente el registrador no es el órgano legalmente competente para declara la validez o nulidad de la convocatoria de una junta con eficacia frente a terceros (art. 222.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con los artículos 204 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital). Ahora bien, resulta patente que el registrador, como cualquier otro funcionario, esta facultado en el ámbito de su competencia para analizar los antecedentes en que ha de fundar su resolución y, entre ellos, los que puedan afectar a sus requisitos. Por ello, el registrador mercantil puede apreciar la existencia de una previa convocatoria o de unos previos acuerdos de una sociedad de capital a fin de determinar sus consecuencias en el ámbito del expediente cuya resolución tiene encomendada. La ausencia de cosa juzgada de su decisión garantiza en nuestro ordenamiento jurídico tanto su revisibilidad en el ámbito de la administración como en el ámbito jurisdiccional, tal y como se ha hecho constar mas arriba.

En el ámbito competencial, la resolución del registrador es susceptible de recurso ante esta Dirección General que es quien tiene atribuida la competencia al respecto (art. 354 del Reglamento del Registro Mercantil), sin perjuicio de que por las razones expuestas la ley haya considerado oportuno excepcionar el supuesto sin perjuicio de la apertura de la vía jurisdiccional en los términos igualmente explicados.

Atendiendo a las circunstancias de hecho y a los Fundamentos de Derecho expuestos, esta Dirección General ha acordado inadmitir el recurso y confir-

mar la resolución del registrador mercantil accidental de Málaga, don Gonzalo Diéguez Oliva de fecha 18 de febrero de 2020.

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

De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 2 de junio de 2020 (4.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 2 de junio de 2020 (5.ª)

En el expediente 4/2020 sobre convocatoria de Junta General a instancia de un socio de «Promociones y Desarrollos Gutiérrez, S.L.»

HECHOS

I

Don A.M.P, letrado, actuando en representación de don V.M.G.F., presentó un escrito de fecha 14 de enero de 2020, dirigido al Registro Mercantil de Toledo, en el que solicitó, al amparo del artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio de la mercantil «Promociones y Desarrollos Gutiérrez, 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 requirió a las administradoras mancomunadas de la sociedad la convocatoria de junta general extraordinaria.

Acompaña copia del acta notarial autorizada por la notaria de Talavera de la Reina doña Lourdes Salinero Cid en fecha 16 de octubre de 2019 por la que el hoy solicitante requiere a las dos administradoras mancomunadas de la sociedad en los términos que se ha hecho constar y para la convocatoria de la junta general con el orden del dia que se transcribe mas adelante. Resulta igualmente que la entrega de cédula se realizó en fecha 18 de octubre de

2018 así como que en fecha 20 de octubre se hizo entrega a la notaria de la contestación al requerimiento que se incorpora al acta.

b) Que ha transcurrido el plazo legalmente establecido sin que por parte de aquellas se haya procedido a la convocatoria de junta general.

Específicamente solicita del registrador mercantil:

a) Que lleve a cabo la convocatoria de Junta General con el orden del día siguiente:

«1. Representación de socios en juntas generales. Justificación del control realizado por las administradoras mancomunadas de la representación que del socio, V.M.G.M., ha ostentado su padre don R.G.M., en las juntas generales de socios celebradas los días 30 de junio de 2014, 2015, 2016 y 2017, y en cualquier otra que le haya representado. Con exhibición y entrega a los socios, o a sus representantes, por parte de las administradoras societarias del poder o autorización de que se haya hecho uso eficaz en cada una de las juntas generales de socios y de los documentos acreditativos de la convocatoria de cada una de las juntas, de sus justificantes del envío de convocatorias a los socios y de su recepción.

2. Actas de inspección y/o comprobación. Explicación y detalle, por las administradoras societarias, de todas las actuaciones de inspección tributaria, laboral y de seguridad social que se hayan practicado a la compañía, desde 2013 hasta la actualidad. Con exhibición y entrega a los socios o sus representantes, por las administradoras societarias, de copia de todas las actas o documentos de comprobación tributaria que se hayan practicado a la compañía por la AEAT o de carácter laboral y social por la inspección de trabajo o TGSS desde el año 2013 hasta la actualidad.

3. Sueldos y salarios de administradoras y socias. Explicación por las administradoras societarias de los sueldos, salarios y/o retribuciones en especie. Detallando a los socios los importes percibidos por ellas en cada periodo, las funciones que han desempeñado cada una en cada periodo, la forma de aprobación de las retribuciones y la justificación de dichas retribuciones (incluidas las retribuciones en especie).

4. Contratos suscritos por don V.M.G.F. Explicación por la administración societaria de los contratos suscritos por don V.M.G.F. con las empresas Servicios y Mantenimientos Talaserv S.L. y con Serviempresa y Subcontratas JMF S.L., las obras o trabajos a que hacen referencia e informe sobre la prestación de estas obras o servicios. Con entrega por parte de las administradoras societarias a los socios o sus representantes, de copia de todos los contratos suscritos por don V.M.G.F. con la empresa Servicios y Mantenimientos Talaser S.L.»

b) Que la junta general cuente con la presencia de notario a fin de levantar el acta notarial a que se refiere el artículo 303 de la Ley de Sociedades de Capital.

c) Que designe como presidente de la Junta General a celebrar a don V.M.G.F. y secretario a doña M.G.F.

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, resumidamente: 1.º Que a raíz de la convocatoria de junta para ser celebrada el dia 5 de febrero de 2019, se remitió a requerimiento del ahora solicitante la información que solicitó. Que requerida nueva información se personó el letrado del solicitante para recogerla. Que en dicha junta dicho letrado se personó, pero decidió no personarse como representante del socio. Que el socio ha reconocido haber recibido de la sociedad las actas de las juntas que ahora nuevamente reclama. 2.ª Que fue convocada nueva junta para su celebración el dia 24 de junio de

2019 respecto de la que el socio solicitó nuevas explicaciones que se le proporcionaron. Que la junta se celebró con la asistencia de la totalidad de los socios. Que el socio presenta ante el Registro Mercantil de Toledo solicitud de celebración de junta general el dia 6 de septiembre de 2019 a la que la sociedad se opuso. 3.º Que el derecho de información del socio se sujeta a determinados límites como es el de la buena fe y prohibición de abuso de derecho aspectos sobre los que el Tribunal Supremo ha desarrollado una extensa doctrina (con cita de distintas sentencias). Que además el derecho de información se sujeta a otros límites como es el de ceñirse a los concretos puntos del orden del dia sometidos a la junta. Que así lo precisó la Ley 31/2014 al acotar el ejercicio del derecho de forma que no pueda entorpecer el funcionamiento ordinario de la empresa. 4.º Que los temas de que se solicita información ya fueron objeto de la junta de 5 de febrero de 2019. Que en la posterior junta de 24 de junio de 2019 sin embargo el socio no planteó cuestión alguna. Que se encuentra pendiente de resolución la solicitud de convocatoria de junta realizada en septiembre de 2019. Que existe una clara conducta obstruccionista del socio. Que es de citar la Resolución de la DGRN de 18 de septiembre de 2017.

III

La registradora mercantil de Toledo núm. 1, doña Pilar del Olmo López, dictó resolución en fecha 13 de febrero de 2020 por la que acordó desestimar la oposición y acordar la procedencia de la solicitud del socio. La registradora pone de relieve que la primera solicitud de convocatoria a que se refiere el escrito de oposición hace referencia a la que se presentó ante el Registro Mercantil en el mes de septiembre y que fue desestimada por motivos formales. Que considera que el hecho de que los temas y puntos contenidos en el orden del día coincidan con los tratados en juntas anteriores no enerva el derecho del socio a solicitar la convocatoria de junta general.

IV

Doña E.G.G., letrada, actuando en representación de la sociedad, por escrito de fecha 9 de marzo de 2020, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Toledo, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición a los que añade ahora los siguientes: «Que la convocatoria por el registrador mercantil debe analizar la concurrencia de los requisitos formales y sustantivos exigidos por la ley incluyendo la consideración de si el cumplimiento era posible al tiempo de la convocatoria así como la congruencia entre los puntos del orden del dia solicitados y los que corresponderían a la junta general según las disposiciones legales y estatutarias. Entre estos requisitos se encuentra la determinación si la solicitud es o no abusiva (con cita de jurisprudencia). La resolución impugnada no hace referencia a si se estiman todos o algunos de los puntos del orden del dia solicitado o la solicitud de designación de presidente y secretario por lo que incurre en motivo de nulidad. 2.º Que como ya se expuso la convocatoria solicitada ya fue objeto de otra convocatoria que fue rechazada y que esta siendo objeto de conocimiento por el juzgado de lo mercantil núm. 1 de Toledo. Que el socio puede reproducir indefinidamente las mismas cuestiones en tantas convocatorias como desee en claro abuso de la previsión del artículo 169.2 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; 166 y siguientes de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil; 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 fecha 21 de junio de 2016; así como las resoluciones en materia de convocatoria de juntas generales de fecha 7 y 9 de marzo, 1 y 25 de abril, 26 de mayo, 15 de junio, 2 de agosto, 25 de septiembre, 17 y 21 de octubre, 7 de noviembre y 16 y 23 de diciembre de 2016, 30 de mayo, 20 de julio, 18 y 25 de septiembre, 23 de octubre y 2 de noviembre de 2017, 7 y 9 de febrero y 24 de septiembre de 2018, 10 de mayo y 26 de junio (1.ª y 3.ª) de 2019 y 27 de enero y 16 y 20 de marzo de 2020.

1. Solicitada convocatoria de junta extraordinaria por un socio de sociedad de responsabilidad limitada, la registradora mercantil desestima la oposición de la sociedad por entender la procedencia de la convocatoria y esta recurre en alzada.

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 del expediente de convocatoria de junta no reside en resolver las cuestiones de fondo que las partes involucradas puedan haber formulado en sus escritos de solicitud y de oposición.

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

Consecuentemente, no procede que en el limitado ámbito de conocimiento que se atribuye por la ley, el registrador se pronuncie sobre cuestiones que exceden a la naturaleza y objeto del expediente como son las planteadas por la recurrente. Ninguna de dichas cuestiones o de otras similares (como la posibilidad de convocar una junta con objeto exclusivamente informativo, cuestión no planteada en el presente expediente), puede ser analizada en este procedimiento que tiene el limitado alcance expuesto, sin perjuicio de que la parte que considere que se ha producido conculcación o fraude de Ley, abuso de Derecho o que de cualquier modo considere que su situación jurídica no es

debidamente respetada tiene abierta la vía jurisdiccional para que en un procedimiento plenario, con audiencia de las personas interesadas y con plenitud de medios de prueba alegue lo que estime oportuno en su defensa, sin perjuicio de cualquier otra acción que pudiera corresponderle.

3. Sin perjuicio de lo anterior, 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 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 (arts. 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* art. 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* art. 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.

Nada impide tampoco que el legitimado acuda directamente a los tribunales de justicia en impugnación de la resolución del registrador estimando la solicitud de convocatoria y que, en el ámbito de dicho procedimiento, solicite del juzgador las medidas cautelares que estime por conveniente (art. 721 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Procede en consecuencia la inadmisión del recurso en cuanto al fondo del asunto.

3. En el supuesto que da lugar a la presente, la sociedad recurrente entiende que la resolución es nula porque la resolución de la registradora se limita a desestimar la oposición y a confirmar la viabilidad de la solicitud.

La petición de la 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 pre-

vistos en el artículo 48 del mismo cuerpo legal. Para que así hubiera sido habría sido preciso que el error de la resolución impidiera efectivamente al recurrente apreciar su sentido o los hechos de que deduce las consecuencias jurídicas impugnadas o que de otro modo le hubiese impedido ejercitar los derechos que la Ley le reconoce.

Dispone el artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en la parte que interesa a la presente, lo siguiente: «Artículo 47. Nulidad de pleno derecho. 1. Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes: a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional. b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio. c) Los que tengan un contenido imposible. d) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta. e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados. f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición. g) Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición con rango de Ley.»

Y en lo que interesa el artículo 48: «Artículo 48. Anulabilidad. 1. Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder. 2. 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.»

Nada de esto ha ocurrido en el supuesto que nos ocupa en el que el recurrente ha podido alegar en fase de oposición y ahora en fase de recurso los motivos que ha tenido por conveniente, motivos basados en unos datos de hecho incontrovertidos, y que, con independencia de que la resolución puede considerarse escueta en su conclusión, es inequívoca en su sentido.

Procede en consecuencia denegar la solicitud de declaración de nulidad o anulabilidad sin perjuicio de que si el interesado lo desea inste de la registradora mercantil la rectificación de la resolución en los términos previstos en el artículo 109.2 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Atendiendo a las circunstancias de hecho y a los Fundamentos de Derecho expuestos, esta Dirección General ha acordado la desestimación del recurso en lo que se refiere a la solicitud de nulidad.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio,

del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 2 de junio de 2020 (5.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 3 de junio de 2020 (3.ª)

En el expediente 1/2020 sobre convocatoria de Junta General a instancia de un socio de «Promociones Baviera West, S.L.»

HECHOS

I

Don R.B.V. presentó un escrito de fecha 12 de diciembre de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Toledo, en el que tuvo su entrada el día 30 inmediato posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 169.2 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio de la mercantil «Promociones Baviera West, 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 socio de la sociedad requirió al órgano de administración por medio de acta notarial autorizada por el notario de Madrid don Juan Kutz Azqueta de fecha 26 de septiembre de 2019 para que convocase junta general con el orden del día que se dirá.

Acompaña copia del acta de requerimiento para convocatoria de junta general a que se ha hecho referencia anteriormente.

Acompaña igualmente a la solicitud copia de la escritura de elevación a público de fecha 16 de noviembre de 2017 autorizada por el notario de Alcobendas don Ignacio Carpio González por la que se eleva a público el contrato de compraventa de participaciones sociales de la sociedad realizado en documento privado entre don A.B.P. y don R.B.V. por el que el primero vendió al segundo 250 participaciones de la sociedad.

b) Que él órgano de administración no ha atendido el requerimiento en los dos meses siguientes.

Específicamente solicita del registrador mercantil:

«Que lleve a cabo la convocatoria de Junta General con el orden del día siguiente:

Inclusión en el libro de socios como socio de pleno derecho

Información sobre las cuentas anuales desde el 31 de diciembre de 2012 hasta el día de hoy.

Información sobre las actas de reuniones celebradas de la mercantil y sus citaciones

Información sobre las adquisiciones y ventas llevadas a cabo desde el 31 de diciembre de 2012.

Información sobre las actuaciones llevadas a cabo desde el 31 de diciembre de 2012.

Información sobre los balances de situación des el 1 de enero de 2013 hasta hoy.

Información sobre los libros diarios desde el 1 de enero de 2013 hasta hoy.

Información sobre los componentes de órganos de administración y gestión.

Información sobre las propiedades mobiliarias e inmobiliarias actuales.

Información sobre los préstamos obtenidos desde 1 de enero de 2013 hasta hoy.

Información sobre los desgloses de gastos anuales desde 1 de enero de 2013 hasta hoy.

Información sobre la acreditación de presentación de cuentas anuales en el Registro Mercantil.

Información sobre los planes de actuación de estos años.

Información sobre cualquier otro documento propio del mercantil y que no se haya solicitado en la presente relación.»

Tras la presentación de la solicitud y a requerimiento de la registradora mercantil de Toledo, el solicitante informa de si bien la sociedad modificó su domicilio social, dicha modificación no se publicó en el Borme hasta el día 15 de octubre de 2019, con posterioridad al requerimiento efectuado por lo que no le es oponible.

II

La administración de la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que el solicitante carece de la condición de socio que sólo puede ser reconocida por su inscripción en el libro registro de socios. 2.º Que el solicitante aporta una copia no auténtica de una supuesta escritura de ratificación y elevación a público de un documento privado de compraventa de participaciones. Que la sociedad niega validez a dichos documentos de los que no resulta además, ni el fallecimiento del transmitente ni la condición de herederos de los intervinientes. 3.º Que la escritura se ha autorizado en contra de la prohibición de los artículos 258 y 259 del Reglamento Notarial. 4.º Que como resulta del artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital la intervención del Registro Mercantil exige la previa negativa de la sociedad lo que no ha ocurrido por haberse hecho el requerimiento en el anterior domicilio social.

III

La registradora mercantil de Toledo, doña Pilar del Olmo López dictó resolución en fecha 31 de enero de 2020 por la que acordó desestimar la oposición y estimar la solicitud del socio. Entre otros aspectos la resolución pone de manifiesto que la sociedad cambió su domicilio por decisión del órgano de administración adoptada el día 18 de diciembre de 2018 elevada a público por escritura de fecha 13 de febrero de 2019, escritura que fue presentada en el Registro Mercantil el día 24 de julio de 2019, inscrita en fecha 7 de octubre y publicada en el Borme el día 15 de octubre de 2019, fecha posterior al requerimiento de 26 de septiembre del mismo año.

IV

Don A.J.G.G., como administrador único de la sociedad, por escrito de fecha 12 de febrero de 2020, que tuvo entrada el día 14 posterior en el Registro Mercantil de Toledo, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: «1.º Que existe controversia entre las partes sobre la legitimación para formular la solicitud. Que ante esta situación la registradora carece de competencia para pronunciarse sobre dichas cuestiones como resulta de la Ley 15/2015, de jurisdicción voluntaria que impide al juez pronunciarse cuando exista controversia lo que debe aplicarse de igual modo a los registradores. 2.º Que teniendo legitimación para acudir al procedimiento del artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital exclusivamente los socios y existiendo controversia al respecto reiterando los argumentos del escrito de oposición, es por lo que procede la revocación de la resolución.»

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; 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 fecha 21 de junio de 2016; así como las resoluciones en materia de convocatoria de juntas generales de fecha 7 y 9 de marzo, 1 y 25 de abril, 26 de mayo, 15 de junio, 2 de agosto, 25 de septiembre, 17 y 21 de octubre, 7 de noviembre y 16 y 23 de diciembre de 2016, 30 de mayo, 20 de julio, 18 y 25 de septiembre, 23 de octubre y 2 de noviembre de 2017, 7 y 9 de febrero y 24 de septiembre de 2018 y 10 de mayo y 26 de junio (1.ª y 3.ª) de 2019.

1. Un socio de responsabilidad limitada que acredita su condición mediante aportación de copia de escritura pública de adquisición de participaciones solicita, al amparo del artículo 169.2 de la Ley de Sociedades de Capital la convocatoria de junta general con el orden del día que resulta de los hechos. La registradora estima su solicitud y la sociedad recurre su decisión, en esencia, porque niega legitimación al solicitante.

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 del expediente de convocatoria de junta no reside en resolver las cuestiones de fondo que las partes involucradas puedan haber formulado en sus escritos de solicitud y de oposición.

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

Consecuentemente, no procede que en el limitado ámbito de conocimiento que se atribuye por la ley, el registrador se pronuncie sobre cuestiones que exceden a la naturaleza y objeto del expediente como son las planteadas por el recurrente. Ninguna de dichas cuestiones o de otras similares puede ser analizada en este expediente que tiene el limitado alcance expuesto, sin perjuicio de que la parte que considere que se ha producido conculcación o fraude de Ley, abuso de Derecho o que de cualquier modo considere que su situación jurídica no es debidamente respetada tiene abierta la vía jurisdiccional para que en un procedimiento plenario, con audiencia de las personas interesadas y con plenitud de medios de prueba alegue lo que estime oportuno en su defensa, sin perjuicio de cualquier otra acción que pudiera corresponderle.

3. Sin perjuicio de lo anterior, 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 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 (arts. 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* art. 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* art. 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.

Nada impide tampoco que el legitimado acuda directamente a los tribunales de justicia en impugnación de la resolución del registrador estimando la solicitud de convocatoria y que, en el ámbito de dicho procedimiento, solicite

del juzgador las medidas cautelares que estime por conveniente (art. 721 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Atendiendo a las circunstancias de hecho y a los Fundamentos de Derecho expuestos, esta Dirección General ha acordado inadmitir el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil Toledo, doña Pilar del Olmo López de fecha 31 de enero de 2020.

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

De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 3 de junio de 2020 (3.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 25 de noviembre de 2020 (2.ª)

En el expediente 5/2020 sobre convocatoria de Junta General a instancia de un socio de «Promociones Baviera West, S.L.»

HECHOS

I

Don R.B.V. presentó un escrito de fecha 23 de diciembre de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Toledo, en el que tuvo su entrada el día 21 de mayo de 2020, en el que solicitó, al amparo del artículo 169.1 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio de la mercantil «Promociones Baviera West, S.L.», la convocatoria de Junta General ordinaria de la sociedad correspondiente al ejercicio 2019 por darse los presupuestos establecidos en dicho precepto.

Del escrito de solicitud y de la documentación que le acompaña resulta que el solicitante acredita su condición mediante la escritura pública de ratificación y elevación a

público de documento privado de compraventa de participaciones sociales autorizada el día 16 de noviembre de 2017 por el notario de Alcobendas don Ignacio Carpio González.

II

La administración de la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que el solicitante aporta una copia no auténtica de una supuesta escritura de ratificación y elevación a público de un documento privado de compraventa de participaciones. Que la sociedad niega validez a dichos documentos de los que no resulta además, ni el fallecimiento del transmitente ni la condición de herederos de los intervinientes. 2.º Que el artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital solo autoriza a solicitar convocatoria de junta a quien ostente la condición de socio lo que solo puede ser reconocido por la sociedad mediante la inscripción en el libro registro correspondiente o por decisión de los tribunales de justicia. La sociedad niega la condición de socio del instante y rechaza el documento en que la fundamenta. Que el registro carece de competencia para pronunciarse sobre tales cuestiones como resulta del artículo 1.º de la Ley 15/2015. Que debe tenerse en cuenta la regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre los requisitos para presentar como prueba documentos públicos y privados con cita de los artículos 267, 268, 318, 325 y 326. 3.º Que la solicitud es extemporánea pues como consecuencia del estado de alarma provocado por la pandemia del COVID-19 es de aplicación el artículo 40 del R.D. 8/2020 que ha prorrogado la obligación de formular y presentar para su aprobación las cuentas anuales.

III

La registradora mercantil de Toledo núm. 1, doña Pilar del Olmo López dictó resolución en fecha 24 de junio de 2020 por la que acordó requerir a la sociedad para que aclarase su escrito de oposición pues ante el motivo de extemporaneidad hay que entender que la solicitud se refiere a la aprobación de las cuentas correspondientes al ejercicio 2018 como resulta de su contexto. Por otro lado, la resolución entra en el fondo y resuelve en contra de los motivos de oposición relativos a la legitimación del solicitante en base a la doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, así como en relación al motivo relativo a la autenticidad de la documentación aportada.

IV

Don A.J.G.G., como administrador único de la sociedad, por escrito de fecha 9 de julio de 2020, que tuvo entrada el día 10 inmediato posterior en el Registro Mercantil de Toledo, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General en términos idénticos a su escrito de oposición.

Acompaña a su recurso el escrito de oposición de fecha 1 de julio de 2020 a la demanda en juicio ordinario interpuesta por el solicitante contra la sociedad. Como resulta del escrito se niega la legitimación del actor para impugnar determinados acuerdos adoptados por la sociedad porque no se reconoce su condición de socio. Acompaña traslado de la hoja de Lexnet de la que resulta el acuse de recibo de presentación de escritos ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Toledo ante el que se tramita el procedimiento ordinario 829/2019.

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; 166 y siguientes de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil; 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 fecha 21 de junio de 2016; así como las resoluciones en materia de convocatoria de juntas generales de fecha 7 y 9 de marzo, 1 y 25 de abril, 26 de mayo, 15 de junio, 2 de agosto, 25 de septiembre, 17 y 21 de octubre, 7 de noviembre y 16 y 23 de diciembre de 2016, 30 de mayo, 20 de julio, 18 y 25 de septiembre, 23 de octubre y 2 de noviembre de 2017, 7 y 9 de febrero y 24 de septiembre de 2018, 10 de mayo y 26 de junio (1.ª y 3.ª) de 2019 y 1 de junio de 2020.

1. Un socio de responsabilidad limitada que acredita su condición mediante aportación de copia de escritura pública de adquisición de participaciones solicita, al amparo del artículo 169.1 de la Ley de Sociedades de Capital la convocatoria de junta general ordinaria con el orden del día previsto en la ley. La registradora, tras notificar a la sociedad que se opone, resuelve solicitar de la sociedad aclaración de su escrito de oposición por entender que la solicitud se refiere al ejercicio 2018, no siendo pues extemporánea, y no al ejercicio 2019 como resulta de la misma y ha entendido la sociedad. La sociedad recurre en alzada ante esta Dirección General.

Procede en primer lugar determinar cuál es la situación planteada habida cuenta de que la registradora entiende, en el informe que acompaña al recurso de la sociedad y en contra del criterio de esta, que su resolución no era impugnable por limitarse a solicitar aclaración de los términos del escrito de oposición.

Esta Dirección General coincide con el escrito de recurso en que la registradora no se limita en su resolución a solicitar aclaración del escrito de oposición al entrar en el fondo del asunto y desestimar los motivos de oposición.

Procede en consecuencia que esta Dirección General se pronuncie sobre el escrito de recurso y debe hacerlo en los mismos términos en que lo hizo en su resolución de 1 de junio de 2020 que resolvió una solicitud de convocatoria de junta general entre las mismas partes.

2. Como ya dijera dicha resolución, 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 del expediente de convocatoria de junta no reside en resolver las cuestiones de fondo que las partes involucradas puedan haber formulado en sus escritos de solicitud y de oposición.

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

Consecuentemente, no procede que en el limitado ámbito de conocimiento que se atribuye por la ley, el registrador se pronuncie sobre cuestiones que exceden a la naturaleza y objeto del expediente como son las planteadas por el recurrente. Ninguna de dichas cuestiones o de otras similares puede ser analizada en este expediente que tiene el limitado alcance expuesto, sin perjuicio de que la parte que considere que se ha producido conculcación o fraude de Ley, abuso de Derecho o que de cualquier modo considere que su situación jurídica no es debidamente respetada tiene abierta la vía jurisdiccional para que en un procedimiento plenario, con audiencia de las personas interesadas y con plenitud de medios de prueba alegue lo que estime oportuno en su defensa, sin perjuicio de cualquier otra acción que pudiera corresponderle.

3. Sin perjuicio de lo anterior, 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 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 (arts. 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* art. 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* art. 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.

Nada impide tampoco que el legitimado acuda directamente a los tribunales de justicia en impugnación de la resolución del registrador estimando la solicitud de convocatoria y que, en el ámbito de dicho procedimiento, solicite

del juzgador las medidas cautelares que estime por conveniente (art. 721 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Las afirmaciones anteriores no se ven alteradas por el hecho de que la sociedad haya aportado documentación de la que resulta que existe un procedimiento civil en el que se ventila la legitimación del solicitante pues habiendo adquirido firmeza la resolución de la registradora en el ámbito administrativo, ya no procede adoptar, en dicho ámbito, medida de suspensión alguna. Cuestión distinta habría sido si durante la tramitación del procedimiento se hubiera puesto de manifiesto la circunstancia descrita, provocando su suspensión, pero no habiendo sido así se reitera que no procede la adopción de medida alguna en relación a un procedimiento cuya vía administrativa ha finalizado (*vide* las resoluciones en sede de recursos contra la designación de auditor a instancia de la minoría 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 otras, así como las resoluciones en materia de recursos contra la solicitud de convocatoria de junta general de fechas 7 de marzo, 17 de octubre y 16 de diciembre de 2016, 3 de marzo de 2019 (3.ª), y 27 de enero de 2020 (4.ª).

En su virtud, esta Dirección General resuelve inadmitir el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Toledo núm. 1, doña Pilar del Olmo López de fecha 24 de junio de 2020.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 25 de noviembre de 2020 (2.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 25 de noviembre de 2020 (3.ª)

En el expediente 6/2020 sobre convocatoria de Junta General a instancia de un socio de «Residencial Santa Eulalia, S.A.L.»

HECHOS

I

Don C.L.R.R y doña Y.R.R. presentaron un escrito de fecha 19 de junio de 2020, dirigido al Registro Mercantil de Badajoz, en el que tuvo su entrada el 22 inmediato posterior, en el que solicitaron, al amparo del artículo 171 de la Ley de Sociedades de Capital y como socios de la mercantil «Residencial Santa Eulalia, S.A.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 cada uno de los solicitantes es titular, como socios fundadores, de un paquete de 250 acciones de la sociedad Residencial Santa Eulalia, S.A.L.

b) Que el órgano de administración de la sociedad se encuentra vacante al haber caducado los nombramientos desde el día 26 de enero de 2017.

Específicamente solicita del registrador mercantil:

a) Que lleve a cabo la convocatoria de Junta General con un orden del día que comprenda el único punto de: «Declaración de cese por caducidad de todos los miembros del consejo de administración y el nombramiento de consejeros».

b) Que designe como presidente de la Junta General a celebrar los propios solicitantes de forma indistinta pudiendo cualquiera de ellos ostentar cualquiera de los dos cargos.

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 la solicitud ha sido formulada por dos personas, una de las cuales, no es socia de la sociedad; en concreto don C.L.R.R. por haberlas transmitido a un tercero como resulta de la copia de escritura pública que se aporta. 2.º Que en virtud de dicha circunstancia la convocatoria deviene imposible al haber solicitado quien no es socio la designación como presidente de la junta general.

III

El registrador mercantil de Badajoz, don Juan Enrique Pérez y Martín dictó resolución en fecha 8 de julio de 2020 por la que acordó inadmitir, por extemporánea, la oposición.

IV

Don C.L.R.R, presenta un escrito de fecha 10 de julio de 2020 en el que tras manifestar que ha constatado que efectivamente transmitió las acciones de que era titular, solicita que se siga el procedimiento con la otra solicitante.

V

Don J.R.R., como administrador de la sociedad, por escrito de fecha 30 de julio de 2020, que tuvo entrada el día 31 inmediato posterior en el Registro Mercantil de Badajoz, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: «1.º Que el plazo para plantear oposición que se concedió a la sociedad lo fue al amparo de los artículos 350 y 354 del Reglamento del Registro Mercantil, preceptos que nada tienen que ver con la convocatoria de juntas por lo que son inaplicables. 2.º Que en todo caso debe tratarse de un error ya que la recepción se produjo en fecha posterior, en concreto el día 1 de julio de 2020. 3.º Que la solicitud fue suscrita por una persona que no es socio por lo que no puede accederse a lo solicitado al pretender el solicitante ser designado presidente del consejo (*sic*).»

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; 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 fecha 21 de junio de 2016; así como las resoluciones en materia de convocatoria de juntas generales de fecha 7 y 9 de marzo, 1 y 25 de abril, 26 de mayo, 15 de junio, 2 de agosto, 25 de septiembre, 17 y 21 de octubre, 7 de noviembre y 16 y 23 de diciembre de 2016, 30 de mayo, 20 de julio, 18 y 25 de septiembre, 23 de octubre y 2 de noviembre de 2017, 7 y 9 de febrero y 24 de septiembre de 2018, 10 de mayo y 26 de junio (1.ª y 3.ª) de 2019 y 27 de enero y 16 y 20 de marzo, 2 de mayo (4.ª), 2 de junio (3.ª y 5.ª) y 3 de junio (3.ª) de 2020.

1. Solicitada por dos personas físicas la convocatoria de junta general de socios de una sociedad anónima laboral al amparo de la previsión del artículo 171 de la Ley de Sociedades de Capital por caducidad de los designados en su día, la sociedad opone la falta de legitimación de uno de ellos, así como la imposibilidad de llevar a cabo la convocatoria al pretender el solicitante no socio ser designado presidente de la junta a convocar.

El registrador desestima la oposición por intempestiva al haber sido recibida en el Registro Mercantil con posterioridad al plazo establecido en el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil. La sociedad recurre en los términos que resultan de los hechos.

2. Para la adecuada resolución del presente expediente debe, en primer lugar, recordar la doctrina que esta Dirección General ha elaborado en relación al plazo que el artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil concede a la sociedad para que se oponga a la solicitud.

Para ello no es preciso entrar a discutir si en el caso concreto de este expediente la oposición de la sociedad fue o no formulada en dicho plazo. Como afirma la doctrina de esta Dirección General (elaborada en sede de recursos contra la designación de auditores al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital pero perfectamente aplicable ahora, como se dirá), se trata de una cuestión de importancia relativa. Dice así la Resolución de la DGSJFP de 25 de julio de 2014: «… es doctrina reiterada de esta Dirección (resolución de 17 de noviembre de 2008, entre otras), que la oposición a la solicitud es una facultad o derecho de la sociedad y no una carga y, por consiguiente, que el Registrador debe resolver el fondo de la cuestión, es decir, decidir si el solicitante reúne o no los requisitos de capital y tiempo exigidos por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital para proceder al nombramiento de auditor, y ello aunque la sociedad no se oponga o se oponga fuera del plazo reglamentariamente establecido.»

Por su parte, la Resolución de la DGSJFP de 8 de noviembre de 2017 (en sede de recursos contra la designación de expertos), afirma lo siguiente: «… de conformidad con el artículo 76.1 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas: «Los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio.»

Del mismo modo establece el artículo 73.3 que: «A los interesados que no cumplan lo dispuesto en los apartados anteriores, se les podrá declarar decaídos en su derecho al trámite correspondiente. No obstante, se admitirá la actuación del interesado y producirá sus efectos legales, si se produjera antes o dentro del día que se notifique la resolución en la que se tenga por transcurrido el plazo.»

En cualquier caso, no puede acogerse la pretensión deducida por la parte solicitante en su escrito de recurso de que presentada la oposición fuera de plazo, circunstancia que queda expresado no se prejuzga, no procedía abrir plazo de recurso. Es evidente que no es así y que aún en el supuesto de que la sociedad no haya contestado en plazo o no haya formulado oposición, tiene abierta la vía del recurso de alzada ante esta Dirección. Como pone de relieve el artículo 112 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas: «Contra las resoluciones y los actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 47 y 48 de esta Ley.»

La anterior afirmación debe ser matizada en sede de recursos contra la resolución por la que se estima la solicitud de convocatoria de junta general pues hay que tener en cuenta que de conformidad con el artículo 171 de la Ley

de Sociedades de Capital no cabe recurso frente a la resolución del registrador al poner fin a la vía administrativa, sin perjuicio de que como ha declarado esta Dirección General cabe interponerlo por causa de nulidad y sin perjuicio de que el interesado acuda directamente ante la jurisdicción en defensa de su posición jurídica (*vide* resoluciones en materia de convocatoria de juntas generales de fechas 15 de junio de 2016, 7 de febrero de 2018, 26 de noviembre de 2019 y 16 de marzo de 2020 (4.ª).

En definitiva, la ausencia de presentación de oposición o su presentación extemporánea no tiene más efecto que el de permitir al registrador entrar en el fondo del asunto y resolver sobre la procedencia o improcedencia de la solicitud que se le haya formulado.

Lo que ocurre en el supuesto de hecho es que la resolución del registrador se limita a inadmitir la oposición de la sociedad, pero sin entrar a analizar la solicitud de convocatoria de junta general ni a declarar su procedencia o improcedencia. También carece de pie de recursos. Procede en consecuencia que esta Dirección General entre en el fondo del asunto.

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Badajoz, don Juan Enrique Pérez y Martín de fecha 8 de julio de 2020, así como resolver la procedencia de la convocatoria de junta solicitada.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 25 de noviembre de 2020 (3.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 30 de diciembre de 2020 (5.ª)

En el expediente CJG-7/2020 sobre convocatoria de Junta General a instancia de un socio de «Distribuciones Rumaga, S.L.»

HECHOS

I

Don J.M.A. presentó un escrito de fecha 24 de septiembre de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, en el que tuvo su entrada el día inmediato posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 169.2 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio de la mercantil «Distribuciones Rumaga, 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 ostenta más del cinco por ciento del capital de la sociedad, la cual se encuentra en situación de concurso.

b) Que mediante acta autorizada por la notaria de Barcelona doña María Garay Gil de fecha 9 de julio de 2019 con número 741 de orden de su protocolo requirió a la administración de concursal para que convocase junta general con el orden del día que se dirá, sin que haya sido atendida su petición.

Específicamente solicita del registrador mercantil:

a) Que lleve a cabo la convocatoria de Junta General con el orden del día siguiente:

1. Aprobación, en su caso, de la gestión social de los ejercicios 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016, 2017 y 2018.
2. Examen y aprobación, en su caso, de las cuentas anuales correspondientes a los ejercicios 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016, 2017 y 2018.

3 Aplicación del resultado de los ejercicios 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016, 2017 y 2018.

4. Ruegos y preguntas.

II

Tras diversas diligencias y previo traslado a la sociedad de la solicitud por parte del registrador mercantil, la administración concursal de la sociedad no se opuso a la pretensión del socio.

III

El registrador mercantil de Barcelona núm. 5, don Jesús Santos y Ruiz de Eguilaz, dictó resolución en fecha 17 de diciembre de 2019 por la que acordó la procedencia de la convocatoria de la junta general ordinaria solicitada, con el orden del día propuesto, en fecha 25 de febrero de 2020 y en el domicilio social de conformidad con los estatutos sociales.

Por escrito de fecha 9 de enero de 2020, el administrador concursal de la sociedad, don J.C.G., pone en conocimiento del Registro Mercantil su voluntad de llevar a cabo la resolución de convocatoria de junta general, pero pone de manifiesto la imposibilidad de llevarla a cabo en el domicilio social por resultar que durante el proceso de liquidación el inmueble ha sido transmitido a tercero.

Resulta del expediente escrito de fecha 21 de febrero de 2020 por el que el solicitante de la convocatoria de junta general expresa su voluntad de que la misma se celebre en presencia de notario para que levante acta notarial de su contenido.

Por el registrador mercantil de Barcelona núm. 5, don Jesús Santos y Ruiz de Eguilaz se dicta resolución complementaria de fecha 24 de febrero de 2020 por la que designa notario a fin de que levante acta notarial de la junta a celebrar en el domicilio social señalado en su anterior resolución.

En fecha 4 de marzo de 202 el registrador mercantil de Barcelona don Jesús Santos y Ruiz de Eguilaz solicita del promotor del expediente que haga llegar al Registro Mercantil copia del acta notarial de la junta general convocada en su día.

El día 2 de abril de 2020 tiene entrada en el Registro Mercantil de Barcelona copia del acta autorizada por el notario de Esplugues de Llobregat don Miguel Ángel Rodríguez Barroso en fecha 24 de febrero de 2020. De su diligencia de fecha 25 de febrero de 2020 resulta que constituido en el lugar señalado en la convocatoria y presentes los dos socios de la sociedad junto a la administración concursal, le ponen de manifiesto, entre otras cosas, la imposibilidad de celebrar la junta general por negarse el actual propietario del local comercial a que se ocupe con tal propósito.

IV

A la luz de los anteriores hechos y a solicitud del instante, el registrador mercantil de Barcelona don Jesús Santos y Ruiz de Eguilaz dicta nueva resolución en fecha 6 de julio de 2020 en la que, tras poner de manifiesto que notificada la nueva solicitud a la administración concursal no ha contestado, resuelve la convocatoria de junta general a celebrar con el mismo orden del día en fecha 29 de julio de 2020, con presencia del mismo notario que en la ocasión anterior y en su despacho profesional.

Por medio de comunicación que tiene entrada en el Registro Mercantil el día 16 de julio de 2020, el que fuera administrador concursal de la sociedad hace llegar al Registro Mercantil de Barcelona auto de fecha 29 de junio de 2020 y aclaratorio de 1 de julio de 2020 del Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Barcelona por el que se acuerda la conclusión del concurso, la extinción de la persona jurídica concursada y se ordena la cancelación de sus asientos en el registro. Los anteriores autos fueron objeto de presentación en el Registro Mercantil de Barcelona en fecha 7 de julio de 2020.

El registrador mercantil de Barcelona don Jesús Santos y Ruiz de Eguilaz acordó por resolución de fecha 20 de julio de 2020, a la vista de los hechos expuestos, la desconvocatoria de la junta general de la sociedad.

Mediante escrito de fecha 23 de julio de 2020, que tiene entrada en el Registro Mercantil en el día inmediato posterior, el instante, tras poner de relieve que el concurso de la sociedad ha finalizado pese a no haberse culminado el proceso de liquidación y pese a que dicha circunstancia se puso de relieve a la administración concursal, solicita la declaración de nulidad de la anterior resolución de 20 de julio de 2020 y se ejecute la anterior de fecha 6 de julio de 2020 por existir acreedores insatisfechos, socios sin pagar y patrimonio por repartir; todo ello conforme a la doctrina de la resolución de esta Dirección General de 30 de agosto de 2017. Por escrito posterior de fecha 27 de julio de 2020, el instante solicita la convocatoria de nueva junta general al resultar de imposible cumplimiento el llevar a cabo la convocatoria en la fecha establecida en la resolución de 6 de julio de 2020.

Por su parte el que fuera administrador concursal, mediante escrito de fecha 14 de octubre de 2020 pone de manifiesto ante el registrador mercantil, entre otras consideraciones, que extinguida la sociedad objeto de concurso como consecuencia de la resolución judicial

carece, en su condición de antiguo administrador concursal, de competencia y legitimación para continuar en el procedimiento.

El registrador mercantil de Barcelona don Jesús Santos y Ruiz de Eguilaz mediante resolución de 16 de octubre de 2020 rechaza la solicitud del instante en esencia por no ser de aplicación la doctrina del Tribunal Supremo y de esta propia Dirección General en lo relativo a la personalidad jurídica persistente de una sociedad cuyos asientos constan cancelados en el Registro Mercantil. Consta en el expediente la notificación de la anterior por correo certificado con acuse de recibo en fecha 6 de noviembre de 2020

V

Don J.M.A., por escrito de fecha 13 de noviembre de 2020, 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 pese a ser notarialmente requerido para ello la administración concursal no procedió a la convocatoria de junta general privando al solicitante de su derecho de información. 2.º Que el registrador mercantil en vez de proceder a la convocatoria solicitada exigió del solicitante determinada documentación que estaba en poder de la administración concursal que niega toda cooperación. 3.º Que el registrador mercantil procedió a convocar junta general que no se pudo celebrar porque de forma «torpe» señaló un lugar de celebración controlado por quien le niega toda información y colaboración. 4.º Que a su solicitud procedió el registrador a señalar nueva convocatoria a celebrarse en distinto lugar. 5.º Que mediante resolución de 20 de julio de 2020 el registrador resuelve desconvocar la junta general obligando al solicitante a pedir nueva convocatoria de junta. 6.º Que el registrador mercantil ha desestimado dicha solicitud por resolución de 16 de octubre de 2020 porque las operaciones liquidatorias que justificarían la aplicación de la doctrina sobre la personalidad controlada de las sociedades extinguidas son precisamente las que existen contra el solicitante. 7.º Que dicha afirmación que se infiere del informe del administrador concursal es falsa y no deja de ser una afirmación sin fundamento alguno. 8.º Que de los hechos expuestos resulta que el procedimiento debe culminar con la efectiva celebración de la junta general de socios sin dilaciones que priven al socio de su derecho de información y sin que la cancelación registral de la mercantil concursada deje de lado el hecho de que la sido liquidada dejando acreedores insatisfechos, socios sin pagar y patrimonio sin repartir (resultando a continuación el argumentario que sostiene las anteriores afirmaciones). Que en base a lo anterior se solicita se anule la resolución de 16 de octubre de 2020, así como la anterior de 20 de julio y se prosiga con la convocatoria recogida en la resolución del registrador de fecha 6 de julio de 2020.»

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; 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 socieda-

des de capital de fecha 21 de junio de 2016; así como las resoluciones en materia de convocatoria de juntas generales de fecha 7 y 9 de marzo, 1 y 25 de abril, 26 de mayo, 15 de junio, 2 de agosto, 25 de septiembre, 17 y 21 de octubre, 7 de noviembre y 16 y 23 de diciembre de 2016, 30 de mayo, 20 de julio, 18 y 25 de septiembre, 23 de octubre y 2 de noviembre de 2017, 7 y 9 de febrero y 24 de septiembre de 2018, 10 de mayo y 26 de junio (1.ª y 3.ª) de 2019 y 27 de enero y 16 y 20 de marzo, 2 de mayo (4.ª), 2 de junio (3.ªy 5.ª) y 3 de junio (3.ª) de 2020.

1. Para la correcta comprensión de la compleja situación que da lugar a la presente, esta Dirección ordena los hechos de la siguiente forma a fin de facilitar su comprensión:

a) Por solicitud, con entrada en el Registro Mercantil de Barcelona el día 25 de septiembre de 2019, un socio de una sociedad de responsabilidad limitada, que se encuentra en situación de concurso, solicita que se convoque junta general a fin de aprobar, en su caso, la gestión social, las cuentas anuales y la propuesta de aplicación de resultado de los ejercicios 2006 a 2018, ambos inclusive. La administración concursal no se opone a la solicitud por lo que el registrador mercantil, correctamente, dando a la solicitud el cauce previsto en el artículo 169.1 de la Ley de Sociedades de Capital, resuelve el día 17 de diciembre de 2019, la procedencia de la convocatoria. La junta no llega a celebrarse porque el lugar señalado, el domicilio social, pertenece en la actualidad a tercero que no da acceso a los presentes en la diligencia.

b) A solicitud del instante y a la luz de lo narrado, el registrador resuelve en fecha 6 de julio de 2020 la procedencia de un nuevo señalamiento de fecha para la celebración de la junta fijando como lugar de celebración determinado despacho notarial. Antes de la celebración de la junta tiene entrada en el registro el auto judicial por el que se declara la finalización del concurso, la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad y el mandamiento de cancelación de los asientos registrales. A la luz de esta situación el registrador, mediante resolución de 20 de julio de 2020 procede a la desconvocatoria de junta general.

c) El instante mediante escrito de fecha 23 de julio de 2020 solicita al registrador mercantil la apreciación de la nulidad de la resolución de desconvocatoria y mediante escrito de fecha de 27 de julio, la determinación de nueva convocatoria con el orden del día ya fijado y con determinación de una nueva fecha de celebración de la junta general.

d) El registrador mercantil resuelve en fecha 16 de octubre de 2020 la improcedencia de esta solicitud. Es contra esta resolución que se presenta el recurso por parte del instante que igualmente solicita la revocación de la resolución de desconvocatoria de fecha 20 de julio de 2020; todo ello a fin de que se lleve a cabo la ejecución de la resolución de fecha 6 de julio de 2020 estimatoria de la convocatoria de junta general ordinaria.

2. Dados los términos en que se pronuncia el escrito de recurso esta Dirección General considera oportuno llevar a cabo algunas precisiones sobre el procedimiento de solicitud de convocatoria de junta general ante el registrador mercantil.

Como puso de relieve la «Resolución de consulta de 20 de noviembre de 2015 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», la realización de la convocatoria, una vez admitida la solicitud del socio legitimado, debe llevarse a cabo en los términos previstos en los estatutos y, en su defecto, en el modo previsto en la ley. En palabras de la citada resolución: «En reiteradas ocasiones, de manera pacífica, tanto este Centro Directivo como los tribunales tienen declarado en el pasado que la convocatoria judicial de la junta no exime del cumplimiento de las formalidades previstas en los estatutos y en la Ley. Así, en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 noviembre de 1999, 29 de abril de 2000, 26 de febrero de 2004, 15 de abril de 2005 y 26 de julio de 2005, 24 de enero de 2006, 26 de julio de 2011 o 28 de febrero de 2014. Más recientemente, en general y para toda convocatoria, la de 9 de septiembre de 2015. También se tiene declarado que, si el auto de convocatoria judicial se notificó a todos los socios, no es necesario que la convocatoria se ajustase a la forma prevista en estatutos: 26 de julio de 2005, 24 de enero de 2006 o 28 de febrero de 2014. De aquí se deriva que, en ningún caso, el Registrador podrá convocar junta por la forma prevista en el sistema legal supletorio de convocatoria (publicación en el BORME y en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia ex art. 173.1 de la Ley de Sociedades de Capital).»

En definitiva, la ejecución de la resolución del registrador mercantil por la que accede a la solicitud de convocatoria general llevada a cabo por un socio en los supuestos legalmente previstos no exime de que aquella se lleve a cabo en los exactos términos en que los estatutos lo prevean o, en su defecto, en el modo previsto en el artículo 173 de la Ley de Sociedades de Capital dado que la válida convocatoria de la junta es presupuesto necesario de la validez de los acuerdos que en ella puedan alcanzarse.

En palabras de la reciente Resolución de la Dirección General de 10 de junio de 2020 (3.ª): «Ha sido reiterada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado que, existiendo previsión estatutaria sobre la forma de llevar a cabo la convocatoria de junta dicha forma habrá de ser estrictamente observada, sin que quepa la posibilidad de acudir válida y eficazmente a cualquier otro sistema, goce de mayor o menor publicidad, incluido el legal supletorio (*cfr.*, entre otras, Resoluciones de 15 de octubre de 1998, 15 de junio y 21 de septiembre de 2015, 25 de abril de 2016, 17 de octubre de 2018 y 9 de enero de 2019, entre otras), de suerte que la forma que para la convocatoria hayan establecido los estatutos ha de prevalecer y resultará de necesaria observancia cualquiera que la haga, incluida por tanto la convocatoria judicial o registral…

Esas reglas estatutarias deben observarse incluso cuando la convocatoria provenga, en su origen, de una decisión del Letrado de la Administración de Justicia o del Registrador mercantil a instancia de quien a ello tenga derecho (arts. 168, 169 y 170 de la Ley de Sociedades de Capital). Así lo afirmó, respecto de la convocatoria judicial, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de febrero de 2014: «4. Según la reiterada doctrina de este Centro Directivo (*cfr*. las Resoluciones citadas en el apartado «Vistos» de la presente), la convocatoria judicial de la junta general tiene una singularidad respecto de la regla general tan sólo respecto de la legitimación para hacerla y la libre designación de las personas que hayan de ejercer de presidente y secretario, sin que tal singularidad alcance a la forma de trasladarla a los socios, que ha de ser la estatutaria o, en su defecto, la legalmente prevista, sin posibilidad de sustituirla por otra, goce de mayor o menor publicidad. El derecho de asistencia a la junta que a los socios reconoce el artículo 179.1 de la Ley de Sociedades de Capital ha de ser integrado con el de ser convocados para ello, y no en cualquier forma, sino a través de la específicamente prevista a tal fin, a la que habrán de prestar atención, y con el plazo previo establecido, sin que sobre tales extremos pueda reconocerse libre discrecionalidad al juez».

Por lo que respecta al expediente que da lugar a la presente tales afirmaciones tienen relevancia por dos motivos. En primer lugar, porque el registrador puede, en el curso de la instrucción del procedimiento, adoptar las medidas que estime oportunas a fin de valorar la viabilidad de la convocatoria de la junta general (*vide* apartado sexto de la citada Resolución de consulta de 20 de noviembre de 2015). No es pertinente en suma la afirmación que contiene el escrito de recurso en relación a que el registrador tenía que haberse limitado a llevar a cabo la convocatoria de junta general pues para ello, en el concreto supuesto de la sociedad a que se refiere la presente, es preceptivo que aquella se llevase a cabo mediante notificación individual y escrita, en los términos que resultan del artículo 11 de sus estatutos tal y como señala oportunamente la resolución del registrador. Dice así el citado artículo: «Artículo 11°. Convocatoria. - La Junta general será convocada por el Órgano de Administración por iniciativa propia o cuando lo solicite un número de socios que represente, al menos. el cinco por ciento del capital social. La citación a los socios se hará por medio de carta con acuse de recibo, especificando los asuntos a tratar, lugar, fecha y hora de la reunión, con quince días de antelación, como mínimo a la fecha en que haya de celebrarse.»

En segundo lugar, es trascendente porque de la solicitud del socio que da lugar a la presente no resulta que se pidiese que la reunión se llevase a cabo en lugar determinado. En consecuencia y por aplicación de la previsión del artículo 175 de la Ley de Sociedades de Capital se entiende que el lugar de celebración es el domicilio social que es precisamente el que el registrador determinó, a falta de solicitud en contrario por parte del instante. De este modo resulta del todo improcedente la imputación que contiene el escrito de recurso respecto al contenido de la resolución del registrador que se limitó, a falta de rogación del solicitante en contrario, a cumplir con la previsión legal.

3. Esta Dirección General también desea poner de manifiesto que la instrucción del procedimiento no se ha llevado a cabo del modo previsto en la norma pues ante la solicitud del instante de que se declarase la nulidad de la resolución de 23 de julio de 2020 de revocación de convocatoria de junta general, el registrador debía haber elevado a esta Dirección el expediente por corresponderle su conocimiento. Así resulta de la previsión del artículo 354.3 del Reglamento del Registro Mercantil cuando afirma: «Contra la resolución del Registrador podrán los interesados interponer recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado…»

A la misma conclusión se llega por aplicación de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas pues tal y como resulta de su artículo 112.1: «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.»

A lo anterior hay que añadir la imposibilidad de que el registrador conozca en reposición por estar reservada esta posibilidad a los actos que pongan fin a la vía administrativa por expresa disposición de los artículos 114.1.a, y 123.1 de la ley de procedimiento. Dicen así los citados preceptos: «1. Ponen fin a la vía administrativa: a) Las resoluciones de los recursos de alzada.»

«1. Los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.»

En conclusión, contra la resolución del registrador desestimando la solicitud de convocatoria de junta general no cabe más recurso que el de alzada ante esta Dirección General.

Es cierto que el escrito del solicitante de fecha 27 de julio de 2020 induce a cierta confusión al solicitar una nueva convocatoria de junta general que parece ser la causa por la que el registrador le da tal tratamiento. Lo cierto sin embargo es que, como resulta de su propio tenor, su finalidad es complementaria a la del anterior escrito de fecha 23 de julio, el contenido de su pretensión es idéntico y carece de otra novedad más que la solicitud de fijación de nueva fecha de celebración de junta general ante la imposibilidad de ejecutar en plazo la previa resolución del registrador de fecha 6 de julio de 2020.

Esta Dirección General entiende que el registrador debe interpretar las solicitudes de los interesados de forma que no desvirtúen el procedimiento o lo prolonguen más allá de lo estrictamente necesario a fin de no desvirtuar la sencillez, agilidad y rapidez que lo caracteriza.

4. Llegados a este punto y por lo que se refiere a la cuestión de fondo resulta con claridad que el recurso no puede ser estimado.

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 numerosas cuestiones que la parte solicitante, de forma muy extensa, ha puesto de manifiesto de modo reiterado en los distintos escritos que se ha 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 muy extendido en el tiempo y que no ha obtenido solución judicial hasta la declaración del concurso de la sociedad resulta patente.

El objeto de este expediente tiene el limitado alcance definido por el artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital: determinar si concurren o no los requisitos para la convocatoria de Junta General de sociedad de capital por el registrador mercantil. La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la Constitución Española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

Señaladamente no es objeto de este expediente determinar si la liquidación de una sociedad limitada se ha llevado a cabo de forma correcta ni mucho menos determinar si el auto por el que se declara la conclusión del concurso es acertado o no. Consecuentemente, no se llevará a cabo ningún pronunciamiento en relación a las cuestiones planteadas por la parte en este expediente y que son ajenas a su naturaleza y objeto, como son la valoración de la conducta de las partes involucradas, las consecuencias jurídicas que de ello puedan derivarse, la validez o acierto de los escritos del administrador concursal en el ámbito del procedimiento de concurso, la exactitud de su contenido o si el procedimiento concursal se ha llevado a cabo en la forma legalmente prevista. 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.

5. Establecido lo anterior debe afirmarse rotundamente que extinguida en el Registro Mercantil una sociedad de capital no puede darse curso a la solicitud de convocatoria de junta general por una vía, como es la prevista en los artículos 168 y 169 de la Ley de Sociedades de Capital, que tienen como finalidad exclusiva dotar de un mecanismo de convocatoria para que la junta se pronuncie sobre

el contenido previsto en el artículo 164 de la misma ley cuando la forma ordinaria no pueda o no se quiera llevar a cabo en situaciones de normalidad societaria.

El ámbito del supuesto de hecho y del procedimiento para su desarrollo queda desbordado cuando se pretende su utilización en una situación, como la presente, en que la extinción de la sociedad impone que ni exista ejercicio social ni obligación de aprobación de gestión ni de cuentas anuales ni propuesta de aplicación del resultado. Extinguida la sociedad por resolución judicial firme, pretender convocar por vía registral la junta general para la aprobación de la gestión social, cuentas anuales y propuesta de aplicación de ejercicios que se extienden a más de diez años en el pasado constituye una desvirtuación absoluta de la intención del legislador, del interés jurídico protegido y del procedimiento que la desarrolla.

No puede confundirse la doctrina anterior con la emanada de la Resolución de esta Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de fecha 30 de agosto de 2017 que tiene por objeto dar cauce registral a la previsión legal sobre activos y pasivos sobrevenidos (arts. 398 y 399 de la Ley de Sociedades de Capital), y a la doctrina que para su aplicación ha construido el Tribunal Supremo sobre la existencia de personalidad «controlada» como remedio jurídico para conseguir dar vía a reclamaciones que presuponen la pendencia de alguna operación de liquidación. Como puso de relieve dicha resolución la doctrina expuesta no tiene otra finalidad que proveer al acreedor insatisfecho de la posibilidad de dirigirse directamente contra la sociedad cuando no existe acuerdo sobre la existencia del crédito, sobre su cuantía, naturaleza o cualquier otra circunstancia que le afecte o, como ocurría en aquél supuesto, proveer de un mecanismo para la liquidación de un activo no liquidado cuando concurrían los requisitos de formación de voluntad social. Como resulta del tenor de la resolución de 30 de agosto de 2017, en aquél supuesto existía unanimidad entre los socios sobre la existencia de un activo no repartido y sobre la forma y modo de llevar a cabo su liquidación.

Si, como pretende el recurrente, existe un activo no repartido y créditos pendientes de satisfacción a su favor, lo que procede a falta de acuerdo entre los socios de la sociedad extinguida es proceder conforme a lo que resulta del auto del juzgado de lo mercantil núm. 4 de Madrid de fecha 29 de junio de 2020 y ejercitar las acciones individuales que el ordenamiento le reconoce para lo que la doctrina del Tribunal Supremo sobre la personalidad jurídica controlada le sirve de herramienta jurídica a pesar de la extinción de la sociedad declarada por el juez de lo mercantil y de la cancelación de los asientos de registro. Si lo que pretende el solicitante es que se reanude el concurso debe proceder en la forma prevista en el artículo 505 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal. Y todo ello sin perjuicio de cualquier otro remedio que considere oportuno en defensa de su posición jurídica.

Lo que no puede pretender el recurrente es que un procedimiento como el previsto en el artículo 169.1 de la Ley de Sociedades de Capital que tiene una finali-

dad y que protege un interés determinado (el de la junta general a pronunciarse sobre los aspectos a que se refiere el artículo 164 de la misma ley), se utilice en sustitución del mecanismo legalmente previsto tras la declaración de finalización del concurso y de declaración de extinción de la sociedad de capital para hacer efectivo un crédito no satisfecho o para liquidar un activo sobrevenido.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Barcelona, don Jesús Santos y Ruiz de Eguilaz, de fecha 16 de octubre de 2020. Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución pone fin a la vía administrativa.

De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 30 de diciembre de 2020 (5.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

2.3 **Resoluciones de mediadores concursales**

Resolución de 19 de febrero de 2020 (1.ª)

En el expediente 1/2019 sobre nombramiento de mediador concursal a instancia de don E.G.V.

HECHOS

I

Don E.G.V., presentó un escrito de fecha 11 de mayo de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Jaén, en el que tuvo su entrada el día 15 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.

II

Seguido el procedimiento por los trámites legalmente previstos, la registradora mercantil de Jaén, doña María Belén López Espada designó un primer mediador concursal en fecha 25 de julio de 2019 sin que aceptase el encargo. La registradora llevó a cabo sucesivas designaciones, hasta cinco más, sin que ninguno de los designados aceptase el nombramiento. Por resolución de 6 de noviembre de 2019 la registradora cierra el expediente de conformidad con la doctrina de esta Dirección General en la materia que especifica debidamente.

III

Don E.G.V., presentó un escrito de fecha 28 de noviembre de 2019 en el Registro Mercantil de Jaén, en el que tuvo entrada el 29 de noviembre siguiente, mediante el cual interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes motivos: Que conforme a la Instrucción de 5 de febrero de 2018 y la Instrucción (sic) del título X de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre y de acuerdo con lo establecido en el artículo 19 del real decreto 980/2013 los registradores accederán al portal del Ministerio de Justicia al efecto de solicitar la designación de un mediador concursal de entre los que tengan su domicilio en la provincia y si no existieran en la provincia acudirán a la lista correspondiente de las provincias limítrofes, en su defecto, dentro de la comunidad autónoma correspondiente y, finalmente, del Estado. Que no habiéndose agotado las posibilidades previstas se solicita la reapertura del expediente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Visto el artículo 16.2 del Código de Comercio; los artículos 5 bis, 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; y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

1. Solicitada del Registro Mercantil por una persona natural la designación de mediador concursal al amparo del artículo 231 de la Ley 22/2003, de 9 julio, concursal, la registradora mercantil accede a la solicitud y designa, de conformidad con la previsión del artículo 233 de la misma ley hasta seis mediadores concursales ninguno de los cuales acepta el encargo, por lo que la registradora mercantil dicta resolución acordando el cierre del expediente. El interesado recurre en los términos que resultan de su escrito.

2. La posibilidad de un acuerdo extrajudicial de pagos ante situaciones de falta de liquidez de empresas y personas físicas fue introducido por la Ley

14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización cuya Exposición de motivos prevé: «… un mecanismo de negociación extrajudicial de deudas de empresarios, ya sean personas físicas o jurídicas, similar a los existentes en los países próximos. En la situación económica actual, son necesarios tanto cambios en la cultura empresarial como normativos, al objeto de garantizar que el fracaso no cause un empobrecimiento y una frustración tales que inhiban al empresario de comenzar un nuevo proyecto y pase a ser un medio para aprender y progresar. El procedimiento, como aconsejan todos los estudios de Derecho comparado, es muy flexible y se sustancia, extrajudicialmente, en brevísimos plazos ante funcionarios idóneos por su experiencia y cualificación como son el registrador mercantil o el notario, si bien, como ocurre con los acuerdos de refinanciación, se limitarán a designar un profesional idóneo e independiente que impulse la avenencia y a asegurar que se cumplan los requisitos de publicación y publicidad registral necesarios para llevar a buen término los fines perseguidos con el arreglo. Es responsabilidad del negociador impulsar los trámites de un procedimiento harto sencillo en que, al menos, se discipline mínimamente la convocatoria de todos los acreedores del deudor común, a quienes se incentiva la asistencia a la reunión…. El procedimiento fracasa cuando no se alcanza un acuerdo o cuando el negociador constata el incumplimiento. En estos casos, el procedimiento sirve de tránsito al concurso con las especialidades adecuadas.»

Como resulta de la Exposición de motivos el procedimiento se caracteriza por su flexibilidad, sencillez y rapidez así porque recae en la persona del mediador la responsabilidad de impulsarlo y de realizar una propuesta a los acreedores del solicitante.

Pero el procedimiento no garantiza ni que exista acuerdo extrajudicial de pagos ni su cumplimiento por lo que se malogra si no se alcanza un acuerdo o existe incumplimiento (arts. 236.4 y 241.3. de la Ley 22/2003, de 9 julio, concursal).

Tampoco el procedimiento de designación asegura que el mediador designado acepte el encargo y desarrolle la labor legalmente prevista. La cuestión es qué debe hacer el funcionario a cargo de la designación si semejante situación se produce o si se produce una serie de no aceptaciones que deje sin razón de ser la finalidad prevista en la Ley de que el procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos sea ágil y rápido en beneficio del propio deudor y de los acreedores.

El art 19.3 del Real Decreto núm. 980/2013, de 13 de diciembre por el que se desarrolla determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio de 2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles dispone lo siguiente: «Si el mediador designado no aceptase el cargo, volverá el Registrador Mercantil o Notario a realizar una nueva petición expresando esta circunstancia.»

Por consiguiente el reglamento prevé que se realice una nueva designación para el caso de falta de aceptación pero sin que quepa interpretar que cabe

hacerlo de modo indefinido pues como resulta del artículo 5 bis.5 de la Ley 22/2003, de 9 julio, concursal, la situación preconcursal no puede dilatarse indefinidamente en el tiempo: «Transcurridos tres meses desde la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado un acuerdo de refinanciación, o un acuerdo extrajudicial de pagos o las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, a menos que ya lo hubiera solicitado el mediador concursal o no se encontrara en estado de insolvencia.»

Esta misma consideración sobre la imposibilidad de una dilatación indefinida en el tiempo es la que ha llevado a esta Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de consulta de fecha 14 de mayo de 2019 (a instancia de la junta directiva del Colegio Notarial de Madrid), a pronunciarse sobre la materia que constituye el objeto de la presente.

Dice así la expresada Resolución: «… Primero. - El presente recurso tiene por objeto determinar la forma de proceder en los expedientes de acuerdos extrajudiciales de pago regulados en el artículo 242bis Ley 22/2003, de 9 julio, concursal cuando al efectuar el nombramiento de mediador concursal por el sistema secuencial previsto en la ley, se produce una cadena indefinida de renuncias. Se trata, por tanto, de determinar cuál debe ser la conducta del Notario que está a cargo de la tramitación del expediente… Cuarto. - …En al ámbito procesal civil y en el administrativo, existe la posibilidad de finalización de un proceso judicial o procedimiento o expediente administrativo por decaimiento de la instancia aplicándose el instituto de la caducidad (arts. 236 y ss. LEC y articulo 95 LPACAP). Pero tal finalización por caducidad requiere una inactividad, en los términos previstos en la ley, de la parte o promotor del expediente que no se da en el caso que nos ocupa, por cuanto ni el deudor ha decaído en su actividad ni expresa ni tácitamente, ni el impulsor del expediente, esto es el Notario, ha interrumpido su tramitación por plazo alguno. Únicamente encontramos en la regulación del expediente del acuerdo extrajudicial de pagos dos referencias al término de dos meses: una en el art. 242 bis 1 9°, en que si el Notario o, en su caso, el mediador, considera que no es posible alcanzar un acuerdo en dicho plazo, instar el concurso del deudor, y otra en el mismo art. 242 bis 1 8° que establece el plazo de dos meses para la suspensión de las ejecuciones previsto en el artículo 235 contado desde la comunicación de la apertura de las negociaciones al juzgado salvo que, con anterioridad, se adoptase o rechazase el acuerdo extrajudicial de pagos o tuviese lugar la declaración de concurso. El hecho de que el legislador reitere en la regulación del procedimiento para alcanzar el acuerdo extrajudicial de pagos este plazo de dos meses, denota su intención de fijar un plazo breve y determinado (dos meses) dentro del que se debe llegar a un acuerdo o caso contrario acudir al concurso consecutivo, lo cual por otra parte es lógico por cuanto la situación de posible insolvencia no puede mantenerse indefinidamente en el tiempo dados los perjuicios que ello ocasionaría tanto a deudor

como a sus acreedores. Esta Cuestión debe relacionarse necesariamente, dada la trascendencia que para el deudor y acreedores tiene, con la apertura posterior del concurso consecutivo. A estos efectos el artículo 242.1 LC señala que «tendrá la consideración de concurso consecutivo el que se declare a solicitud del mediador concursal, del deudor o de los acreedores por la imposibilidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos» (atendiendo como causas su incumplimiento o anulación). Del texto del precepto cabe deducir que la legitimación para instar el concurso consecutivo no solo corresponde al mediador concursal, sino también al deudor y los acreedores: y que se incluye como requisito formal que no haya sido posible alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos (o su incumplimiento o anulación). El problema es que la LC no determina que debe entenderse por haber intentado alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos. La sentencia número 14/2019 de 17 de enero de la Audiencia Provincial de Valladolid en su Fundamento de Derecho Segundo considera que «procede realizar una interpretación flexible del requisito consistente en «haber intentado celebrar» el AEP, de tal manera que podrá incluirse dentro del supuesto de hecho previsto por la norma cualquier intento del deudor dirigido a realizar el acuerdo extrajudicial, por más que el mismo no haya fructificado, siempre y cuando se hubiera frustrado por causas ajenas a su voluntad». Y entre estas causa ajenas cabe perfectamente incluir la no aceptación de los mediadores designados sucesivamente, toda vez, que dicha no aceptación impide la normal puesta en marcha del procedimiento de acuerdo extrajudicial frustrando las legítimas expectativas del deudor en previsible estado de insolvencia patrimonial (en este sentido vide autos números 188/2018 y 12/2019 de la Audiencia Provincial de Barcelona, número 231/2018 de la Audiencia Provincial de Tarragona y número 31/2019 de la Audiencia Provincial de Lleida)… Quinto.–Finalmente, y respecto a la posibilidad de cierre del expediente por transcurso de plazo, si bien es cierto, como dijimos anteriormente, que no cabe hablar propiamente de caducidad en el caso que nos ocupa dado que no se produce el presupuesto de la misma que es la inactividad de la parte o promotor; no es menos cierto que atenta contra toda lógica jurídica el mantener un expediente abierto sine die sin posibilidad teórica ni practica de llegar a término. Desde este punto de vista podría incluso considerarse que la renuncia sucesiva de todos los mediadores designados determina la imposibilidad de continuar con el expediente no obstante la voluntad del deudor de someterse a una negociación para intentar alcanzar un acuerdo extrajudicial de page, y a falta de otro plazo establecido en la norma, cabría acudir al plazo de dos meses que aparece referido en los números 8° y 9° del apartado 1 del artículo 242 bis, de forma que, si todos los mediadores designados por el procedimiento secuencial establecido en el art 233 LC no aceptan el cargo, una vez transcurrido el citado plazo de dos meses intentando la designación se puede proceder al cierre del expediente, pero teniendo en cuenta que tal cierre no lo es por desistimiento del deudor sino por imposibilidad de proceder al nombramiento de mediador concursal, circunstancia que debe equipararse,

dada la voluntad reiterada del deudor, a la imposibilidad de alcanzar un acuerdo a los efectos previstos en la LC para el concurso consecutivo y especialmente el de exoneración del pasivo, por cuanto la consecuencia de falta de aceptación de los mediadores designados, no puede imputarse ni perjudicar al deudor que acudió de buena fe, cumpliendo todos los requisitos, al procedimiento que le brinda la ley. Este plazo, además, por ser el previsto legalmente come máximo para alcanzar el acuerdo, respetaría igualmente los intereses de los acreedores, por efectuarse durante el mismo, un numero más que razonable de designaciones de mediadores sin aceptación de ninguno de ellos. Esta misma doctrina ha sido recogida en el auto 231/2018 de la Audiencia Provincial de Tarragona que en un supuesto de no aceptación por parte de los mediadores sucesivamente nombrados entendió que «ante la inexistencia de una regia legal expresa para resolver esta situación (...) en estos casos debe tenerse por intentado –y fracasado el acuerdo extrajudicial de pagos, a todos los efectos legales (...) dada la identidad de razón entre los supuestos, de acuerdo con el articulo 4.1 CO, habría resultado igualmente aplicable por analogía la regia 9.ª del artículo 242.bis. 1 LC, a tenor de la cual si al término del plazo de dos meses el Notario, o, en su caso, el mediador, considera que no es posible alcanzar un acuerdo, instara el concurso del deudor en los diez días siguientes, remitiendo al juez un informe razonado con sus conclusiones». En consecuencia, y atendido lo expuesto, esta Dirección General entiende que, si transcurre el plazo de dos meses a contar desde el primer intento de designación de mediador concursal, sin que se produzca la aceptación de ninguno de los mediadores designados por el procedimiento secuencial previsto en el artículo 233 LC, el Notario podrá cerrar el expediente, debiendo hacer constar en la diligencia de cierre que el mismo se produce por la imposibilidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos por falta de aceptación de los mediadores concursales sucesivamente designados durante el plazo de dos meses, facilitándose copia al deudor requirente a fin de que pueda instar, en su caso, el concurso consecutivo ante el juzgado competente.»

3. En el supuesto de hecho que da lugar a la presente la primera designación se lleva a cabo en fecha 25 de julio de 2019 y la diligencia de cierre es de fecha 6 de noviembre de 2019 por lo que ha transcurrido sobradamente el plazo a que se refiere el epígrafe anterior por lo que no cabe sino confirmar la resolución de archivo del expediente sin que los motivos de contrario puedan enervar dicha afirmación.

Ciertamente dispone así el artículo 19.3 del Real Decreto núm. 980/2013, de 13 de diciembre: «En el caso de que no existieran mediadores concursales disponibles dentro de la provincia solicitada, suministrará el que corresponda de entre las provincias limítrofes, y si tampoco esto fuera posible suministrará los datos del primero que corresponda dentro de la comunidad autónoma. En último lugar, señalará el Portal el que corresponda dentro de todo el territorio del Estado.», pero nótese que dicho precepto no excepciona el hecho de que la designación de mediador concursal no puede prolongarse indefinidamente

pues su finalidad no es otra que la de permitir la designación cuando no existe mediador en la provincia donde reside el solicitante.

La cuestión que se plantea en el supuesto de hecho no es la ausencia de mediadores disponibles en la provincia sino la falta de aceptación de todos los designados, cuestión distinta y de la que resulta la imposibilidad de seguir designando mediadores con carácter indefinido tal y como ha quedado debidamente razonado.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Jaén, doña María Belén López Espada de fecha 6 de noviembre de 2019.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 19 de febrero de 2020 (1.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 19 de febrero de 2020 (2.ª)

En el expediente 2/2019 sobre nombramiento de mediador concursal a instancia de doña L.A.M., en relación a la sociedad «Hortalizas y Legumbres Otero, S.L.»

HECHOS

I

Doña L.A.M., en representación de la sociedad Hortalizas y Legumbres Otero, S.L, presentó un escrito de fecha 4 de septiembre de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Santiago de Compostela, 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.

II

La registradora mercantil de Santiago de Compostela, doña María Teresa Ferrín Sanmartín dictó resolución en fecha 2 de octubre de 2019 por la que acordó la procedencia del nombramiento solicitado, designando a determinada mediadora concursal quien rehusó el desempeño del cargo. Por resolución de 17 de octubre de 2019 designó nueva administradora concursal que igualmente rechazó la designación. Por resolución de 31 de octubre de 2019 designó nuevo mediador concursal que igualmente rechazó el encargo. Por resolución de 14 de noviembre de 2019 la registradora mercantil acuerda proceder al cierre del expediente por haber procedido a tres designaciones sin que ninguno de los designados aceptase el encargo y de conformidad con la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de enero de 2019.

III

Doña E.M.T.S., presentó un escrito de fecha 9 de diciembre de 2019 en el Registro Mercantil de Santiago de Compostela, en el que tuvo entrada el mismo día, mediante el cual interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes motivos: 1.º Que la resolución no está debidamente motivada por lo que causa indefensión al no poner de manifiesto los motivos o causas por los que los nombramientos no han sido aceptados. Tampoco se explica por qué se consideran tres designaciones como suficientes a estos efectos ni se proporciona al deudor alternativa alguna (con cita de resoluciones de esta Dirección General). 2.º Que la decisión carece de base normativa. Que habiendo reconocido que el solicitante reúne los requisitos para que se designe mediador concursal el cierre no se sustenta en el incumplimiento del solicitante. Que de la ley concursal y del artículo 19.3 del real decreto 980/2013 resulta la obligación del registrador de designar mediador concursal. 3.º La resolución no cumple el plazo de tres meses previsto en el artículo 235 de la Ley 22/2003, de 9 julio, concursal. Que siendo la solicitante persona jurídica no es de aplicación la doctrina de la resolución de 14 de mayo de 2019. Que aún en el caso de que se considere lo contrario es preciso el transcurso de los dos meses que prevé la resolución lo que no ha ocurrido pues el plazo comenzaría el día 2 de octubre de 2019 y fue el 14 de noviembre cuando se adoptó el acuerdo de cierre del expediente. 4.º Que la resolución de 14 de noviembre de 2019 debería haber indicado que se realizaban las notificaciones previstas en el artículo 235 de la Ley 22/2003, de 9 julio, concursal en concordancia con la previsión del artículo 5 bis. Que tales notificaciones son fundamentales para evitar ejecuciones singulares, como son fundamentales para que el deudor tenga la debida información de modo que el registrador no debe limitarse a controlar el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley concursal, sino que debe velar para que el procedimiento llegue a su conclusión de la forma más favorable a las partes. De este modo debería haber indicado al interesado que podría instar el concurso sucesivo si así lo desease, lo que no consta en la resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Visto el artículo 16.2 del Código de Comercio; los artículos 5 bis, 231, 232.3, 233, 242 y 242 bis 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; y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

1. Solicitada del Registro Mercantil por una sociedad de responsabilidad limitada la designación de mediador concursal al amparo del artículo 231 de la Ley 22/2003, de 9 julio, concursal, la registradora mercantil accede a la solicitud y designa, de conformidad con la previsión del artículo 233 de la misma ley a un mediador. El designado no acepta el encargo por lo que la registradora procede a la designación de un nuevo mediador, nuevamente de acuerdo con el procedimiento establecido. El mediador designado rechaza el ejercicio de la mediación y la registradora vuelve a designar mediador concursal que, igualmente, rechaza la designación por lo que la registradora mercantil dicta resolución acordando el cierre del expediente. La sociedad interesada recurre en los términos que resultan de su escrito.

2. Con la finalidad de dar cumplida respuesta a los motivos expresados en el escrito de recurso, y dejando para el final la cuestión del cierre del expediente por frustración de llamamientos sucesivos, procede en primer lugar dar respuesta a la alegación de que la resolución carece de motivación porque no explicita los motivos que llevaron a los designados a no aceptar su nombramiento.

De su contenido de la resolución resulta suficientemente que la decisión que constituye su objeto se fundamenta en la falta de aceptación de los mediadores designados.

La resolución impugnada no adolece de alguna 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 48.2 del mismo cuerpo legal. Para que así hubiera sido habría sido preciso que el error de la resolución impidiera efectivamente al recurrente apreciar su sentido o los hechos de que deduce las consecuencias jurídicas impugnadas o que de otro modo le hubiese impedido ejercitar los derechos que la Ley le reconoce. La resolución impugnada, ciertamente escueta, desestima la solicitud precisamente porque, a juicio de la registradora, se dan las circunstancias precisas para el cierre del expediente.

Esta doctrina es plenamente congruente con la muy asentada en la materia por nuestro Tribunal Constitucional que en su reciente sentencia de 28 de enero de 2013 recuerda que: «Esto determina que la supuesta lesión de los derechos a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE [RCL 1978, 2836]) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) que denuncian los

recurrentes resulte ser un reproche meramente formal y retórico, carente, por lo tanto, de acuerdo con una reiterada doctrina de este Tribunal, de la imprescindible relevancia constitucional, ya que es igualmente doctrina reiterada y conocida de este Tribunal la que señala que –de producirse– no toda infracción o irregularidad procesal cometida por los órganos judiciales provoca inevitablemente un perjuicio material en los derechos de defensa que corresponden a las partes en el proceso (por todas, recientemente STC 42/2011, de 11 de abril [RTC 2011, 42], F. 2). Como subraya por su parte la STC 85/2003, de 8 de mayo, F. 11, lo relevante a estos efectos es determinar si –en este caso– esa supuesta irregularidad procesal causó un perjuicio real y efectivo en las posibilidades de defensa…, privando o limitando su facultad de alegar y justificar sus derechos e intereses».

En definitiva y como ha reiterado el Tribunal Constitucional, el defecto de comunicación o de motivación resulta constitucionalmente irrelevante sino impide la debida tutela del interesado teniendo expedito el ejercicio de los derechos legalmente reconocidos (Sentencia de 13 de noviembre de 2000).

Afirma el escrito de recurso que la resolución impugnada no contiene expresión de los motivos por lo que los sucesivos designados no han aceptado el encargo, pero dicha cuestión cae por completo fuera del objeto del expediente de designación de mediador concursal.

El objeto de este expediente tiene el limitado alcance definido por el artículo 232.1 de la Ley Concursal: determinar si concurren o no los requisitos para determinar si procede o no dar curso a la solicitud de nombramiento de un mediador concursal. La competencia del registrador mercantil y de esta Administración en alzada viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a otras Administraciones Públicas o a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la constitución Española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

Consecuentemente la resolución de la registradora es conforme a derecho porque se ha limitado a afirmar que por falta de aceptación de los mediadores concursales no puede continuarse el procedimiento. No forma parte de su competencia, ni de esta Dirección General en alzada, analizar el porqué de la negativa de los designados. Si el recurrente entiende que de dicha actitud pudiera derivarse una consecuencia jurídica debe hacer valer su pretensión en el procedimiento correspondiente.

3. La posibilidad de un acuerdo extrajudicial de pagos ante situaciones de falta de liquidez de empresas y personas físicas fue introducido por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización cuya Exposición de motivos prevé: «… un mecanismo de negociación extrajudicial de deudas de empresarios, ya sean personas físicas o jurídicas, similar a los existentes en los países próximos. En la situación económica actual, son necesarios tanto cambios en la cultura empresarial como

normativos, al objeto de garantizar que el fracaso no cause un empobrecimiento y una frustración tales que inhiban al empresario de comenzar un nuevo proyecto y pase a ser un medio para aprender y progresar. El procedimiento, como aconsejan todos los estudios de Derecho comparado, es muy flexible y se sustancia, extrajudicialmente, en brevísimos plazos ante funcionarios idóneos por su experiencia y cualificación como son el registrador mercantil o el notario, si bien, como ocurre con los acuerdos de refinanciación, se limitarán a designar un profesional idóneo e independiente que impulse la avenencia y a asegurar que se cumplan los requisitos de publicación y publicidad registral necesarios para llevar a buen término los fines perseguidos con el arreglo. Es responsabilidad del negociador impulsar los trámites de un procedimiento harto sencillo en que, al menos, se discipline mínimamente la convocatoria de todos los acreedores del deudor común, a quienes se incentiva la asistencia a la reunión…. El procedimiento fracasa cuando no se alcanza un acuerdo o cuando el negociador constata el incumplimiento. En estos casos, el procedimiento sirve de tránsito al concurso con las especialidades adecuadas.»

Como resulta de la Exposición de motivos el procedimiento se caracteriza por su flexibilidad, sencillez y rapidez así porque recae en la persona del mediador la responsabilidad de impulsarlo y de realizar una propuesta a los acreedores del solicitante.

Pero el procedimiento no garantiza ni que exista acuerdo extrajudicial de pagos ni su cumplimiento por lo que se malogra si no se alcanza un acuerdo o existe incumplimiento (arts. 236.4 y 241.3. de la Ley 22/2003, de 9 julio, concursal).

Tampoco el procedimiento de designación asegura que el mediador designado acepte el encargo y desarrolle la labor legalmente prevista. La cuestión es qué debe hacer el funcionario a cargo de la designación si semejante situación se produce o si se produce una serie de no aceptaciones que deje sin razón de ser la finalidad prevista en la Ley de que el procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos sea ágil y rápido en beneficio del propio deudor y de los acreedores.

El art 19.3 del Real Decreto núm. 980/2013, de 13 de diciembre por el que se desarrolla determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio de 2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles dispone lo siguiente: «Si el mediador designado no aceptase el cargo, volverá el Registrador Mercantil o Notario a realizar una nueva petición expresando esta circunstancia.»

Por consiguiente el reglamento prevé que se realice una nueva designación para el caso de falta de aceptación pero sin que quepa interpretar que cabe hacerlo de modo indefinido pues como resulta del artículo 5 bis.5 de la Ley 22/2003, de 9 julio, concursal, la situación preconcursal no puede dilatarse indefinidamente en el tiempo: «Transcurridos tres meses desde la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado un acuerdo de refinanciación, o un acuerdo extrajudicial de pagos o las adhesiones necesarias para la admi-

sión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, a menos que ya lo hubiera solicitado el mediador concursal o no se encontrara en estado de insolvencia.»

Esta misma consideración sobre la imposibilidad de una dilatación indefinida en el tiempo es la que ha llevado a esta Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de consulta de fecha 14 de mayo de 2019 (a instancia de la junta directiva del Colegio Notarial de Madrid), a pronunciarse sobre la materia que constituye el objeto de la presente.

Dice así la expresada Resolución: «… Primero.–El presente recurso tiene por objeto determinar la forma de proceder en los expedientes de acuerdos extrajudiciales de pago regulados en el artículo 242bis Ley 22/2003, de 9 julio, concursal cuando al efectuar el nombramiento de mediador concursal por el sistema secuencial previsto en la ley, se produce una cadena indefinida de renuncias. Se trata, por tanto, de determinar cuál debe ser la conducta del Notario que está a cargo de la tramitación del expediente… Cuarto.– …En al ámbito procesal civil y en el administrativo, existe la posibilidad de finalización de un proceso judicial o procedimiento o expediente administrativo por decaimiento de la instancia aplicándose el instituto de la caducidad (arts. 236 y ss. LEC y articulo 95 LPACAP). Pero tal finalización por caducidad requiere una inactividad, en los términos previstos en la ley, de la parte o promotor del expediente que no se da en el caso que nos ocupa, por cuanto ni el deudor ha decaído en su actividad ni expresa ni tácitamente, ni el impulsor del expediente, esto es el Notario, ha interrumpido su tramitación por plazo alguno. Únicamente encontramos en la regulación del expediente del acuerdo extrajudicial de pagos dos referencias al término de dos meses: una en el art. 242 bis 1 9°, en que si el Notario o, en su caso, el mediador, considera que no es posible alcanzar un acuerdo en dicho plazo, instar el concurso del deudor, y otra en el mismo art. 242 bis 1 8° que establece el plazo de dos meses para la suspensión de las ejecuciones previsto en el artículo 235 contado desde la comunicación de la apertura de las negociaciones al juzgado salvo que, con anterioridad, se adoptase o rechazase el acuerdo extrajudicial de pagos o tuviese lugar la declaración de concurso. El hecho de que el legislador reitere en la regulación del procedimiento para alcanzar el acuerdo extrajudicial de pagos este plazo de dos meses, denota su intención de fijar un plazo breve y determinado (dos meses) dentro del que se debe llegar a un acuerdo o caso contrario acudir al concurso consecutivo, lo cual por otra parte es lógico por cuanto la situación de posible insolvencia no puede mantenerse indefinidamente en el tiempo dados los perjuicios que ello ocasionaría tanto a deudor como a sus acreedores. Esta Cuestión debe relacionarse necesariamente, dada la trascendencia que para el deudor y acreedores tiene, con la apertura posterior del concurso consecutivo. A estos efectos el artículo 242.1 LC señala que «tendrá la consideración de concurso consecutivo el que se declare a solicitud del mediador concursal, del deudor o de los acreedores por la imposibilidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos»

(atendiendo como causas su incumplimiento o anulación). Del texto del precepto cabe deducir que la legitimación para instar el concurso consecutivo no solo corresponde al mediador concursal, sino también al deudor y los acreedores: y que se incluye como requisito formal que no haya sido posible alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos (o su incumplimiento o anulación). El problema es que la LC no determina que debe entenderse por haber intentado alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos. La sentencia número 14/2019 de 17 de enero de la Audiencia Provincial de Valladolid en su Fundamento de Derecho Segundo considera que «procede realizar una interpretación flexible del requisito consistente en «haber intentado celebrar» el AEP, de tal manera que podrá incluirse dentro del supuesto de hecho previsto por la norma cualquier intento del deudor dirigido a realizar el acuerdo extrajudicial, por más que el mismo no haya fructificado, siempre y cuando se hubiera frustrado por causas ajenas a su voluntad». Y entre estas causa ajenas cabe perfectamente incluir la no aceptación de los mediadores designados sucesivamente, toda vez, que dicha no aceptación impide la normal puesta en marcha del procedimiento de acuerdo extrajudicial frustrando las legítimas expectativas del deudor en previsible estado de insolvencia patrimonial (en este sentido vide autos números 188/2018 y 12/2019 de la Audiencia Provincial de Barcelona, número 231/2018 de la Audiencia Provincial de Tarragona y número 31/2019 de la Audiencia Provincial de Lleida)… Quinto.- Finalmente, y respecto a la posibilidad de cierre del expediente por transcurso de plazo, si bien es cierto, como dijimos anteriormente, que no cabe hablar propiamente de caducidad en el caso que nos ocupa dado que no se produce el presupuesto de la misma que es la inactividad de la parte o promotor; no es menos cierto que atenta contra toda lógica jurídica el mantener un expediente abierto sine die sin posibilidad teórica ni practica de llegar a término. Desde este punto de vista podría incluso considerarse que la renuncia sucesiva de todos los mediadores designados determina la imposibilidad de continuar con el expediente no obstante la voluntad del deudor de someterse a una negociación para intentar alcanzar un acuerdo extrajudicial de page, y a falta de otro plazo establecido en la norma, cabría acudir al plazo de dos meses que aparece referido en los números 8° y 9° del apartado 1 del artículo 242 bis, de forma que, si todos los mediadores designados por el procedimiento secuencial establecido en el art 233 LC no aceptan el cargo, una vez transcurrido el citado plazo de dos meses intentando la designación se puede proceder al cierre del expediente, pero teniendo en cuenta que tal cierre no lo es por desistimiento del deudor sino por imposibilidad de proceder al nombramiento de mediador concursal, circunstancia que debe equipararse, dada la voluntad reiterada del deudor, a la imposibilidad de alcanzar un acuerdo a los efectos previstos en la LC para el concurso consecutivo y especialmente el de exoneración del pasivo, por cuanto la consecuencia de falta de aceptación de los mediadores designados, no puede imputarse ni perjudicar al deudor que acudió de buena fe, cumpliendo todos los requisitos, al procedimiento que le brinda la ley. Este plazo, además, por ser el previsto

legalmente como máximo para alcanzar el acuerdo, respetaría igualmente los intereses de los acreedores, por efectuarse durante el mismo, un numero más que razonable de designaciones de mediadores sin aceptación de ninguno de ellos. Esta misma doctrina ha sido recogida en el auto 231/2018 de la Audiencia Provincial de Tarragona que en un supuesto de no aceptación por parte de los mediadores sucesivamente nombrados entendió que «ante la inexistencia de una regla legal expresa para resolver esta situación (...) en estos casos debe tenerse por intentado -y fracasado el acuerdo extrajudicial de pagos, a todos los efectos legales (...) dada la identidad de razón entre los supuestos, de acuerdo con el articulo 4.1 CO, habría resultado igualmente aplicable por analogía la regia 9.ª del articulo 242.bis. 1 LC, a tenor de la cual si al término del plazo de dos meses el Notario, o, en su caso, el mediador, considera que no es posible alcanzar un acuerdo, instara el concurso del deudor en los diez días siguientes, remitiendo al juez un informe razonado con sus conclusiones». En consecuencia, y atendido lo expuesto, esta Dirección General entiende que, si transcurre el plazo de dos meses a contar desde el primer intento de designación de mediador concursal, sin que se produzca la aceptación de ninguno de los mediadores designados por el procedimiento secuencial previsto en el artículo 233 LC, el Notario podrá cerrar el expediente, debiendo hacer constar en la diligencia de cierre que el mismo se produce por la imposibilidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos por falta de aceptación de los mediadores concursales sucesivamente designados durante el plazo de dos meses, facilitándose copia al deudor requirente a fin de que pueda instar, en su caso, el concurso consecutivo ante el juzgado competente.»

En el supuesto de hecho que da lugar a la presente no ha transcurrido el plazo a que se refiere la resolución transcrita por lo que procede la reapertura del expediente y la continuación de la designación de mediadores concursales en los términos previstos en el artículo 19.3 del Real Decreto núm. 980/2013, de 13 de diciembre por el que se desarrolla determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio de 2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Lo anterior, en el bien entendido que en el cómputo del plazo de dos meses a que se refiere la Resolución de 14 de mayo de 2019 de esta Dirección General debe comprender el periodo de tiempo entre la primera designación de 2 de octubre de 2019 y la última de 31 de octubre de 2019, pues estamos ante una reanudación del plazo y no ante la apertura de un plazo nuevo.

La doctrina emanada de la Resolución de consulta de esta Dirección General de fecha 10 de enero de 2019 (en la que fundamenta su resolución la registradora), no puede servir de base para una solución adversa. No sólo porque la propia resolución aconseja un aplicación flexible y ponderada de su contenido sino, y esencialmente, porque se dictó en una materia, expertos y auditores, cuya regulación es distinta de la que sirvió de base a la Resolución de 14 de mayo de 2019 en que se fundamenta la presente.

4. Establecido lo anterior y para dar respuesta al resto de cuestiones que resultan del escrito de recurso esta Dirección General entiende necesario pronunciarse sobre las siguientes cuestiones:

En primer lugar, no cabe afirmar como hace el escrito de recurso que la doctrina emanada de la Resolución de consulta de 14 de mayo de 2019 no es aplicable a personas jurídicas. Ciertamente el artículo 242 bis de la Ley 22/2003, de 9 julio, concursal se refiere a las especialidades aplicables a los acuerdos extrajudiciales de pagos de personas naturales no empresarios, pero como puso de relieve la resolución de esta Dirección General de 18 de octubre de 2016 el notario es competente cuando la solicitud ha sido formulada por persona jurídica no inscribible. En cualquier caso, la razón de fondo sería la misma ya se tratase de persona física o jurídica: la imposibilidad de dilatar indefinidamente en el tiempo el procedimiento de designación de mediador concursal.

En segundo lugar y directamente relacionado con lo anterior, no cabe confundir el plazo de tres meses a que se refiere el artículo 5 bis por remisión del artículo 235.5 de la Ley concursal con el que resulta del artículo 242 bis. Como resulta indubitadamente de los textos legales, aquel se refiere al supuesto de que ya exista mediador concursal designado y con cargo aceptado y en ejercicio de sus competencias. Por el contrario, y como interpretó la resolución de 14 de mayo de 2019 la extensión conceptual del plazo de dos meses a que se refiere el artículo 242 bis se proyecta exclusivamente al supuesto de que la duración del procedimiento de designación se prolongue más allá del plazo previsto sin que haya existido aceptación por parte de mediador alguno.

Finalmente, no puede pretenderse, como hace el escrito de recurso que se revoque la resolución de la registradora porque la misma no hace referencia a la práctica de las notificaciones que la Ley le obliga a hacer o porque no explique al destinatario las consecuencias legales derivadas del cierre del expediente. Es patente que la resolución limita su contenido a la estimación o desestimación de la pretensión, a su fundamentación y a la explicación de los recursos que contra la misma caben, pero sin que deba contener un a modo de catálogo de los posibles efectos que la misma haya de producir ni mucho menos de las opciones que al interesado puedan presentársele.

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar resolución de la registradora mercantil de Santiago de Compostela, doña María Teresa Ferrín Sanmartín de fecha 14 de noviembre de 2019.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su

notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 19 de febrero de 2020 (2.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 19 de febrero de 2020 (3.ª)

En el expediente 3/2019 sobre nombramiento de mediador concursal a instancia de don J.M.M., en relación a la sociedad «Logística Sergude, S.L.»

HECHOS

I

Don J.M.M., en representación de la sociedad Logística Sergude, S.L, presentó un escrito dirigido al Registro Mercantil de Santiago de Compostela, en el que tuvo su entrada el día 23 de octubre de 2019, 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.

II

La registradora mercantil estimó la solicitud y tras una primera designación de fecha 5 de noviembre de 2019, que resultó fallida porque el designado no aceptó, realizó un segundo nombramiento de fecha 12 de noviembre del mismo año que igualmente resultó fallido por falta de aceptación del designado.

La registradora por resolución de fecha 26 de noviembre de 2019, resolvió, de conformidad con la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de enero de 2019, el cierre del expediente.

III

Don J.M.M., en representación como administrador de la sociedad Logística Sergude S.L., presentó un escrito de fecha 11 de diciembre de 2019 en el Registro Mercantil de Santiago de Compostela, en el que tuvo entrada el día 19 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 la sociedad ha sido notificada del cierre del expediente con fundamento exclusivo en que los designados han rechazado la designación pero

sin que conste en la resolución los motivos alegados. Que la mera voluntad de terceros supone la negativa de acceso del interesado al procedimiento sin que se justifique debidamente las razones de la negativa y sin resultar una sanción por su actitud en atención a los gastos que asume la solicitante. 2.º Que una resolución administrativa se considera motivada, con cita de jurisprudencia (sentencia del Tribunal Supremo, sala tercera de 4 de abril de 2012; 3406/2010 y sentencia de la misma sala 621/2011), cuando contiene las razones que han llevado a la administración a tomar determinada decisión en términos que el administrado pueda rebatirlos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Visto el artículo 16.2 del Código de Comercio; los artículos 5 bis, 231, 232.3, 233, 242 y 242 bis 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; y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

1. Solicitada del Registro Mercantil por una sociedad de responsabilidad limitada la designación de mediador concursal al amparo del artículo 231 de la Ley 22/2003, de 9 julio, concursal, la registradora mercantil accede a la solicitud y designa, de conformidad con la previsión del artículo 233 de la misma ley a un mediador. El designado no acepta el encargo por lo que la registradora procede a la designación de un nuevo mediador, nuevamente de acuerdo con el procedimiento establecido. El mediador designado rechaza el ejercicio de la mediación por lo que la registradora mercantil dicta resolución acordando el cierre del expediente. El interesado recurre en los términos que resultan de su escrito.

2. Con la finalidad de dar cumplida respuesta a los motivos expresados en el escrito de recurso, y dejando para el final la cuestión del cierre del expediente por frustración de llamamientos sucesivos, procede en primer lugar atender a la afirmación que hace el recurrente en relación a que la actuación de un tercero no puede implicar la falta de acceso al procedimiento. Olvida el recurrente al realizar esta afirmación que, como veremos a continuación, el procedimiento no garantiza un resultado favorable a sus intereses como no garantiza siquiera que pueda llegar a finalizar en la forma legalmente prevista. En cualquier caso, el interesado ha podido iniciar el expediente y ha presentado la documentación necesaria en defensa de su posición jurídica por lo que no puede afirmarse que no ha tenido acceso al procedimiento pues ha agotado el conjunto de medidas previstas en el ordenamiento en defensa de su posición jurídica. El hecho de que el resultado de un procedimiento no produzca el resultado buscado por el solicitante no es un supuesto de falta de acceso al mismo.

Entiende el recurrente que no resulta reproche alguno en la resolución de la registradora derivado de la falta de aceptación de los designados pero tal

reproche, de ser procedente, no corresponde en absoluto a la funcionaria encargada de instruir el procedimiento de designación. El objeto de este expediente tiene el limitado alcance definido por el artículo 232.1 de la Ley Concursal: determinar si concurren o no los requisitos para determinar si procede o no dar curso a la solicitud de nombramiento de un mediador concursal. La competencia del registrador mercantil y de esta Administración en alzada viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a otras Administraciones Públicas o a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la constitución Española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

Consecuentemente, no procede en ningún caso que en el ámbito de este procedimiento se lleve a cabo un pronunciamiento sobre cuestiones ajenas a lo que constituye su objeto como puedan ser los motivos que han llevado a los mediadores designados a no aceptar el encargo, ni mucho menos determinar si de ello se deriva una responsabilidad susceptible de sanción.

Ninguna de dichas cuestiones u otras similares puede ser analizada en este expediente que tiene el limitado alcance expuesto, sin perjuicio de que quien acredite le oportuna legitimación tenga abierta la vía administrativa o jurisdiccional para que, en el procedimiento que corresponda, alegue lo que estime oportuno en su defensa.

Tampoco puede afirmar el recurrente que la resolución de la registradora carece de la fundamentación necesaria. De su contenido resulta suficientemente que la decisión que constituye su objeto se fundamenta en la falta de aceptación de los mediadores designados.

La resolución impugnada no adolece de alguna 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 48.2 del mismo cuerpo legal. Para que así hubiera sido habría sido preciso que el error de la resolución impidiera efectivamente al recurrente apreciar su sentido o los hechos de que deduce las consecuencias jurídicas impugnadas o que de otro modo le hubiese impedido ejercitar los derechos que la Ley le reconoce. La resolución impugnada, ciertamente escueta, desestima la solicitud precisamente porque, a juicio de la registradora, se dan las circunstancias precisas para el cierre del expediente.

En el supuesto que constituye el objeto de este expediente el recurrente ha podido alegar en fase de recurso los motivos que ha tenido por conveniente en función de la decisión desestimatoria de la registradora que de forma escueta pero patente considera procedente el cierre del expediente.

Esta doctrina es plenamente congruente con la muy asentada en la materia por nuestro Tribunal Constitucional que en su reciente sentencia de 28 de enero de 2013 recuerda que: «Esto determina que la supuesta lesión de los

derechos a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE [RCL 1978, 2836]) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) que denuncian los recurrentes resulte ser un reproche meramente formal y retórico, carente, por lo tanto, de acuerdo con una reiterada doctrina de este Tribunal, de la imprescindible relevancia constitucional, ya que es igualmente doctrina reiterada y conocida de este Tribunal la que señala que –de producirse– no toda infracción o irregularidad procesal cometida por los órganos judiciales provoca inevitablemente un perjuicio material en los derechos de defensa que corresponden a las partes en el proceso (por todas, recientemente STC 42/2011, de 11 de abril [RTC 2011, 42], F. 2). Como subraya por su parte la STC 85/2003, de 8 de mayo, F. 11, lo relevante a estos efectos es determinar si –en este caso– esa supuesta irregularidad procesal causó un perjuicio real y efectivo en las posibilidades de defensa…, privando o limitando su facultad de alegar y justificar sus derechos e intereses».

En definitiva y como ha reiterado el Tribunal Constitucional, el defecto de comunicación o de motivación resulta constitucionalmente irrelevante sino impide la debida tutela del interesado teniendo expedito el ejercicio de los derechos legalmente reconocidos (Sentencia de 13 de noviembre de 2000).

3. La posibilidad de un acuerdo extrajudicial de pagos ante situaciones de falta de liquidez de empresas y personas físicas fue introducido por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización cuya Exposición de motivos prevé: «… un mecanismo de negociación extrajudicial de deudas de empresarios, ya sean personas físicas o jurídicas, similar a los existentes en los países próximos. En la situación económica actual, son necesarios tanto cambios en la cultura empresarial como normativos, al objeto de garantizar que el fracaso no cause un empobrecimiento y una frustración tales que inhiban al empresario de comenzar un nuevo proyecto y pase a ser un medio para aprender y progresar. El procedimiento, como aconsejan todos los estudios de Derecho comparado, es muy flexible y se sustancia, extrajudicialmente, en brevísimos plazos ante funcionarios idóneos por su experiencia y cualificación como son el registrador mercantil o el notario, si bien, como ocurre con los acuerdos de refinanciación, se limitarán a designar un profesional idóneo e independiente que impulse la avenencia y a asegurar que se cumplan los requisitos de publicación y publicidad registral necesarios para llevar a buen término los fines perseguidos con el arreglo. Es responsabilidad del negociador impulsar los trámites de un procedimiento harto sencillo en que, al menos, se discipline mínimamente la convocatoria de todos los acreedores del deudor común, a quienes se incentiva la asistencia a la reunión…. El procedimiento fracasa cuando no se alcanza un acuerdo o cuando el negociador constata el incumplimiento. En estos casos, el procedimiento sirve de tránsito al concurso con las especialidades adecuadas.»

Como resulta de la Exposición de motivos el procedimiento se caracteriza por su flexibilidad, sencillez y rapidez así porque recae en la persona del

mediador la responsabilidad de impulsarlo y de realizar una propuesta a los acreedores del solicitante.

Pero el procedimiento no garantiza ni que exista acuerdo extrajudicial de pagos ni su cumplimiento por lo que se malogra si no se alcanza un acuerdo o existe incumplimiento (arts. 236.4 y 241.3. de la Ley 22/2003, de 9 julio, concursal).

Tampoco el procedimiento de designación asegura que el mediador designado acepte el encargo y desarrolle la labor legalmente prevista. La cuestión es qué debe hacer el funcionario a cargo de la designación si semejante situación se produce o si se produce una serie de no aceptaciones que deje sin razón de ser la finalidad prevista en la Ley de que el procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos sea ágil y rápido en beneficio del propio deudor y de los acreedores.

El art 19.3 del Real Decreto núm. 980/2013, de 13 de diciembre por el que se desarrolla determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio de 2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles dispone lo siguiente: «Si el mediador designado no aceptase el cargo, volverá el Registrador Mercantil o Notario a realizar una nueva petición expresando esta circunstancia.»

Por consiguiente el reglamento prevé que se realice una nueva designación para el caso de falta de aceptación pero sin que quepa interpretar que cabe hacerlo de modo indefinido pues como resulta del artículo 5 bis.5 de la Ley 22/2003, de 9 julio, concursal, la situación preconcursal no puede dilatarse indefinidamente en el tiempo: «Transcurridos tres meses desde la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado un acuerdo de refinanciación, o un acuerdo extrajudicial de pagos o las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, a menos que ya lo hubiera solicitado el mediador concursal o no se encontrara en estado de insolvencia.»

Esta misma consideración sobre la imposibilidad de una dilatación indefinida en el tiempo es la que ha llevado a esta Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de consulta de fecha 14 de mayo de 2019 (a instancia de la junta directiva del Colegio Notarial de Madrid), a pronunciarse sobre la materia que constituye el objeto de la presente.

Dice así la expresada Resolución: «… Primero.–El presente recurso tiene por objeto determinar la forma de proceder en los expedientes de acuerdos extrajudiciales de pago regulados en el artículo 242bis Ley 22/2003, de 9 julio, concursal cuando al efectuar el nombramiento de mediador concursal por el sistema secuencial previsto en la ley, se produce una cadena indefinida de renuncias. Se trata, por tanto, de determinar cuál debe ser la conducta del Notario que está a cargo de la tramitación del expediente… Cuarto.–…En al ámbito procesal civil y en el administrativo, existe la posibilidad de finalización de un proceso judicial o procedimiento o expediente administrativo por decaimiento de la instancia aplicándose el instituto de la caducidad (arts. 236

y ss. LEC y articulo 95 LPACAP). Pero tal finalización por caducidad requiere una inactividad, en los términos previstos en la ley, de la parte o promotor del expediente que no se da en el caso que nos ocupa, por cuanto ni el deudor ha decaído en su actividad ni expresa ni tácitamente, ni el impulsor del expediente, esto es el Notario, ha interrumpido su tramitación por plazo alguno. Únicamente encontramos en la regulación del expediente del acuerdo extrajudicial de pagos dos referencias al término de dos meses: una en el art. 242 bis 1 9°, en que si el Notario o, en su caso, el mediador, considera que no es posible alcanzar un acuerdo en dicho plazo, instar el concurso del deudor, y otra en el mismo art. 242 bis 1 8° que establece el plazo de dos meses para la suspensión de las ejecuciones previsto en el artículo 235 contado desde la comunicación de la apertura de las negociaciones al juzgado salvo que, con anterioridad, se adoptase o rechazase el acuerdo extrajudicial de pagos o tuviese lugar la declaración de concurso. El hecho de que el legislador reitere en la regulación del procedimiento para alcanzar el acuerdo extrajudicial de pagos este plazo de dos meses, denota su intención de fijar un plazo breve y determinado (dos meses) dentro del que se debe llegar a un acuerdo o caso contrario acudir al concurso consecutivo, lo cual por otra parte es lógico por cuanto la situación de posible insolvencia no puede mantenerse indefinidamente en el tiempo dados los perjuicios que ello ocasionaría tanto a deudor como a sus acreedores. Esta Cuestión debe relacionarse necesariamente, dada la trascendencia que para el deudor y acreedores tiene, con la apertura posterior del concurso consecutivo. A estos efectos el artículo 242.1 LC señala que «tendrá la consideración de concurso consecutivo el que se declare a solicitud del mediador concursal, del deudor o de los acreedores por la imposibilidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos» (atendiendo como causas su incumplimiento o anulación). Del texto del precepto cabe deducir que la legitimación para instar el concurso consecutivo no solo corresponde al mediador concursal, sino también al deudor y los acreedores: y que se incluye como requisito formal que no haya sido posible alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos (o su incumplimiento o anulación). El problema es que la LC no determina que debe entenderse por haber intentado alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos. La sentencia número 14/2019 de 17 de enero de la Audiencia Provincial de Valladolid en su Fundamento de Derecho Segundo considera que «procede realizar una interpretación flexible del requisito consistente en «haber intentado celebrar» el AEP, de tal manera que podrá incluirse dentro del supuesto de hecho previsto por la norma cualquier intento del deudor dirigido a realizar el acuerdo extrajudicial, por más que el mismo no haya fructificado, siempre y cuando se hubiera frustrado por causas ajenas a su voluntad». Y entre estas causa ajenas cabe perfectamente incluir la no aceptación de los mediadores designados sucesivamente, toda vez, que dicha no aceptación impide la normal puesta en marcha del procedimiento de acuerdo extrajudicial frustrando las legítimas expectativas del deudor en previsible estado de insolvencia patrimonial (en este sentido vide autos números 188/2018 y

12/2019 de la Audiencia Provincial de Barcelona, número 231/2018 de la Audiencia Provincial de Tarragona y número 31/2019 de la Audiencia Provincial de Lleida)… Quinto.- Finalmente, y respecto a la posibilidad de cierre del expediente por transcurso de plazo, si bien es cierto, como dijimos anteriormente, que no cabe hablar propiamente de caducidad en el caso que nos ocupa dado que no se produce el presupuesto de la misma que es la inactividad de la parte o promotor; no es menos cierto que atenta contra toda lógica jurídica el mantener un expediente abierto sine die sin posibilidad teórica ni practica de llegar a término. Desde este punto de vista podría incluso considerarse que la renuncia sucesiva de todos los mediadores designados determina la imposibilidad de continuar con el expediente no obstante la voluntad del deudor de someterse a una negociación para intentar alcanzar un acuerdo extrajudicial de page, y a falta de otro plazo establecido en la norma, cabría acudir al plazo de dos meses que aparece referido en los números 8° y 9° del apartado 1 del artículo 242 bis, de forma que, si todos los mediadores designados por el procedimiento secuencial establecido en el art 233 LC no aceptan el cargo, una vez transcurrido el citado plazo de dos meses intentando la designación se puede proceder al cierre del expediente, pero teniendo en cuenta que tal cierre no lo es por desistimiento del deudor sino por imposibilidad de proceder al nombramiento de mediador concursal, circunstancia que debe equipararse, dada la voluntad reiterada del deudor, a la imposibilidad de alcanzar un acuerdo a los efectos previstos en la LC para el concurso consecutivo y especialmente el de exoneración del pasivo, por cuanto la consecuencia de falta de aceptación de los mediadores designados, no puede imputarse ni perjudicar al deudor que acudió de buena fe, cumpliendo todos los requisitos, al procedimiento que le brinda la ley. Este plazo, además, por ser el previsto legalmente como máximo para alcanzar el acuerdo, respetaría igualmente los intereses de los acreedores, por efectuarse durante el mismo, un numero más que razonable de designaciones de mediadores sin aceptación de ninguno de ellos. Esta misma doctrina ha sido recogida en el auto 231/2018 de la Audiencia Provincial de Tarragona que en un supuesto de no aceptación por parte de los mediadores sucesivamente nombrados entendió que «ante la inexistencia de una regla legal expresa para resolver esta situación (...) en estos casos debe tenerse por intentado –y fracasado el acuerdo extrajudicial de pagos, a todos los efectos legales (...) dada la identidad de razón entre los supuestos, de acuerdo con el artículo 4.1 CO, habría resultado igualmente aplicable por analogía la regia 9.ª del articulo 242.bis.1 LC, a tenor de la cual si al término del plazo de dos meses el Notario, o, en su caso, el mediador, considera que no es posible alcanzar un acuerdo, instara el concurso del deudor en los diez días siguientes, remitiendo al juez un informe razonado con sus conclusiones». En consecuencia, y atendido lo expuesto, esta Dirección General entiende que, si transcurre el plazo de dos meses a contar desde el primer intento de designación de mediador concursal, sin que se produzca la aceptación de ninguno de los mediadores designados por el procedimiento secuencial previsto en el artí-

culo 233 LC, el Notario podrá cerrar el expediente, debiendo hacer constar en la diligencia de cierre que el mismo se produce por la imposibilidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos por falta de aceptación de los mediadores concursales sucesivamente designados durante el plazo de dos meses, facilitándose copia al deudor requirente a fin de que pueda instar, en su caso, el concurso consecutivo ante el juzgado competente.»

En el supuesto de hecho que da lugar a la presente no ha transcurrido el plazo a que se refiere la resolución transcrita por lo que procede la reapertura del expediente y la continuación de la designación de mediadores concursales en los términos previstos en el artículo 19.3 del Real Decreto núm. 980/2013, de 13 de diciembre por el que se desarrolla determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio de 2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Lo anterior, en el bien entendido que en el cómputo del plazo de dos meses a que se refiere la Resolución de 14 de mayo de 2019 de esta Dirección General debe comprender el periodo de tiempo comprendido entre la primera designación de 5 de noviembre de 2019 y la siguiente de 12 de noviembre de 2019.

La doctrina emanada de la Resolución de consulta de esta Dirección General de fecha 10 de enero de 2019 (en la que fundamenta su resolución la registradora), no puede servir de base para una solución adversa. No sólo porque la propia resolución aconseja un aplicación flexible y ponderada de su contenido sino, y esencialmente, porque se dictó en una materia, expertos y auditores, cuya regulación es distinta de la que sirvió de base a la Resolución de 14 de mayo de 2019 en que se fundamenta la presente.

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar resolución de la registradora mercantil de Santiago de Compostela, doña María Teresa Ferrín Sanmartín de fecha 12 de noviembre de 2019.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 19 de febrero de 2020 (3.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 12 de marzo de 2020 (2.ª)

En el expediente 1/2020 sobre nombramiento de mediador concursal a instancia de persona física.

HECHOS

I

Don J.I.V., presentó formulario dirigido al Registro Mercantil de Pontevedra, en el que tuvo su entrada el día 3 de enero de 2020, 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.

Acompaña a la documentación presentada un certificado del registro central de penados de fecha 15 de diciembre de 2019 del que resulta que fue condenado en sentencia de fecha 29 de junio de 2017 a una pena de seis meses de prisión. Resulta del certificado que en relación a la pena impuesta fue suspendida en la misma fecha de 29 de junio de 2017 por plazo de dos años. Consta igualmente que su situación es de remisión definitiva en fecha 12 de julio de 2019 con fecha de extinción idéntica.

II

La registradora mercantil de Pontevedra núm. 3, doña María Pilar Rodríguez Bugallo dictó resolución en fecha 10 de enero de 2020 por la que acordó desestimar la solicitud por darse la situación prevista en el artículo 231.3.1 de la Ley 22/2003, de 9 julio, concursal al haber sido condenado el solicitante por sentencia de fecha 29 de junio de 2017 por delito contra el patrimonio.

III

Don J.I.V., presentó un escrito de fecha 21 de enero de 2020 en el Registro Mercantil de Pontevedra, en el que tuvo entrada el día 24 inmediato posterior, mediante el cual interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a: Que la cancelación de antecedentes penales se hace de oficio por la administración cuando se dan los requisitos del artículo 136 del Código Penal. Que al tiempo de hacerse la solicitud ya se había producido la cancelación. Que los magistrados de lo mercantil de Madrid tienen declarado que no deben incluirse en la prohibición los que hubiesen obtenido rehabilitación por cancelación de antecedentes penales. Que tal es el criterio de la Audiencia Provincial de Oviedo de 17 de enero de 2019. Que en virtud del principio de igualdad debe aplicarse al procedimiento la misma argumentación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Visto el artículo 16.2 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; 338 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

1. Solicitada por persona física la designación de mediador concursal por el Registro Mercantil de Pontevedra, la registradora desestima la solicitud por un único motivo al resultar de aquella que el solicitante ha sido condenado por delito de robo con fuerza en las cosas por sentencia firme de 29 de junio de 2017, lo que le excluye del procedimiento de conformidad con la previsión del artículo 231 de la Ley 22/2003, de 9 julio, concursal.

2. Dispone el artículo 231.1 de la Ley 22/2003, de 9 julio, concursal lo siguiente: «El deudor persona natural que se encuentre en situación de insolvencia con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2 de esta Ley, o que prevea que no podrá cumplir regularmente con sus obligaciones, podrá iniciar un procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos con sus acreedores, siempre que la estimación inicial del pasivo no supere los cinco millones de euros. En el caso de deudor persona natural empresario, deberá aportarse el correspondiente balance.»

Dispone igualmente el número 3 del mismo artículo lo siguiente: «No podrán formular solicitud para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos: 1.º Quienes hayan sido condenados en sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los 10 años anteriores a la declaración de concurso.»

Del Libro II, capítulo XIII, capítulo II de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, resulta que el delito de robo se enmarca dentro de los delitos contra el patrimonio.

Como afirma la sentencia 4/2019 de 17 enero de la Audiencia Provincial de Asturias (citada por el propio recurrente), el «…diseño legal de la exoneración en el marco concursal aparece construido sobre el concepto normativo del «deudor de buena fe» previsto en el apartado 3 del artículo 178 bis L.C. al requerir la concurrencia de varios requisitos indispensables... Entre los nuevos requisitos que configuran al «deudor de buena fe» se encuentra el relacionado en el ordinal 2.º al exigir «Que el deudor no haya sido condenado en sentencia firme por delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los 10 años anteriores a la declaración de concurso. Si existiera un proceso penal pendiente, el juez del concurso deberá suspender su decisión respecto a la exoneración del pasivo hasta que exista sentencia penal firme»… El mecanismo del *discharge* nació con la finalidad de ofrecer a los deudores «honestos pero desafortunados» la posibilidad de una segunda oportunidad, y en este

sentido la reforma introducida en el sistema por el Real Decreto-ley 1/2015 trae causa de la Recomendación de la Comisión Europea de 12 marzo 2014 sobre un nuevo enfoque a la insolvencia y al fracaso empresarial, cuyo considerando 1.º señala que «La Recomendación también se propone ofrecer una segunda oportunidad a los empresarios honrados incursos en procesos de insolvencia en toda la Unión». Pues bien, cuando el legislador dispone ahora que el deudor no haya sido condenado por Sentencia firme por delitos, entre otros, contra el patrimonio está configurando con ello un determinado estándar de honestidad…»

Estas consideraciones si bien referidas al mecanismo de exoneración del pasivo insatisfecho, son igualmente predicables al supuesto de solicitud de designación de mediador concursal pues la exigencia legal es idéntica al venir referida al denominado estándar de honestidad exigible. En definitiva, es el legislador el que excluye de determinados procedimientos propios de las situaciones de insolvencia a aquellas personas que no reúnen el estándar de conducta que la propia ley define.

De conformidad con la previsión legal, procede, sin más, la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución de la registradora por concurrir en el solicitante la causa de exclusión prevista en el precepto legal.

3. Los argumentos de contrario no pueden enervar la conclusión anterior.

El recurrente considera que le es de aplicación la previsión del artículo 136 del código penal y que deben tenerse por cancelados sus antecedentes penales y, en consecuencia, dejar sin efecto la restricción de continua referencia.

Resulta del expediente que el solicitante fue condenado a una pena menos grave de seis meses (art. 33.2 del Código Penal). De conformidad con lo dispuesto en el artículo 136.1: «Los condenados que hayan extinguido su responsabilidad penal tienen derecho a obtener del Ministerio de Justicia, de oficio o a instancia de parte, la cancelación de sus antecedentes penales, cuando hayan transcurrido sin haber vuelto a delinquir los siguientes plazos: a) Seis meses para las penas leves. b) Dos años para las penas que no excedan de doce meses y las impuestas por delitos imprudentes.» Y continua en su apartado 2: «Los plazos a que se refiere el apartado anterior se contarán desde el día siguiente a aquel en que quedará extinguida la pena, pero si ello ocurriese mediante la remisión condicional, el plazo, una vez obtenida la remisión definitiva, se computará retrotrayéndolo al día siguiente a aquel en que hubiere quedado cumplida la pena si no se hubiere disfrutado de este beneficio. En este caso, se tomará como fecha inicial para el cómputo de la duración de la pena el día siguiente al del otorgamiento de la suspensión.» Y termina su apartado 5: «En los casos en que, a pesar de cumplirse los requisitos establecidos en este artículo para la cancelación, ésta no se haya producido, el juez o tribunal, acreditadas tales circunstancias, no tendrá en cuenta dichos antecedentes.»

Del certificado del registro central de penados que acompaña el solicitante a su escrito resulta que fue condenado a una pena de seis meses de prisión por sentencia de fecha 29 de junio de 2017. Resulta igualmente que la pena impuesta fue suspendida en la misma fecha de 29 de junio de 2017 por plazo

de dos años (arts. 80.1 y 81 del Código Penal). Consta finalmente que su situación es de remisión definitiva en fecha 12 de julio de 2019 con fecha de extinción idéntica (art. 130.1. 2.º del Código Penal).

La resolución impugnada no cuestiona ninguna de dichas afirmaciones ni tampoco lo hace en alzada esta Dirección General. Ahora bien, sin perjuicio de los efectos que en el ámbito penal tenga el hecho de que la pena impuesta se considere extinguida no puede enervar la circunstancia de que se produce el supuesto expresamente previsto por el legislador en la Ley 22/2003, de 9 julio, concursal para que se excluya al solicitante del beneficio de mediación concursal.

Como ha quedado expuesto, la Ley concursal exige para acogerse a este expediente un estándar de comportamiento que no reúne el solicitante por lo que su previsión se debe cumplir con exactitud.

El hecho de que en el ámbito penal se atemperen las consecuencias del delito por su extinción no implica que deba ser así en otros órdenes jurisdiccionales o en la Administración General del Estado que es la encargada, en el ámbito de este expediente, de aplicar las previsiones legales. Por este motivo no puede aplicarse como pretende el recurrente la previsión de que no se tengan en cuenta los antecedentes pues dicha previsión se predica exclusivamente de jueces y tribunales.

Además, de seguirse el argumento del recurrente, quedarían fuera de la previsión del artículo 231.3 de la Ley 22/2003, de 9 julio, concursal todos aquellos supuestos de condena por delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los que se hubiese producido la extinción de los antecedentes penales antes de cumplirse el plazo legal de diez años.

No existe violación alguna del principio de igualdad pues, como se ha razonado por extenso, no existe tal situación ni trato de discriminación alguno sino simple aplicación de la previsión del artículo 231.3 de la Ley 22/2003, de 9 julio, concursal.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmarla resolución de la registradora mercantil de Pontevedra núm. 3, doña María Pilar Rodríguez Bugallo de fecha 10 de enero de 2020.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 12 de marzo de 2020 (2.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.

Resolución de 30 de septiembre de 2020 (1.ª)

En el expediente 2/2020 sobre nombramiento de mediador concursal a instancia de don J.M.P.P.

HECHOS

I

Don J.M.P.P., presentó un escrito de fecha 14 de julio de 2020, dirigido al Registro Mercantil de Badajoz, 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 los siguientes hechos:

a) Que en fecha 26 de junio de 2020 requirió la tramitación de un procedimiento de designación de mediador para la consecución de un acuerdo extrajudicial de pagos en determinada notaria.

b) Que en fecha 14 de julio de 2020 se denegó la tramitación solicitada por apreciar falta de competencia.

De la documentación aportada resulta, entre otras cuestiones que no son de interés para el presente:

a) Que del formulario de solicitud resulta que el solicitante tiene la condición de trabajador por cuenta ajena y que carece de trabajadores contratados a su cargo. Acompaña copia de las nóminas del solicitante correspondientes a los meses de marzo, abril y mayo de 2020.

b) Que por declaración censal simplificada notificó su baja como empresario en fecha 3 de marzo de 2020.

II

El registrador mercantil de Badajoz, don Juan Enrique Pérez y Marín dictó resolución en fecha 20 de julio de 2020 por la que acordó la improcedencia del nombramiento solicitado porque de la documentación aportada no resultan los requisitos precisos para la inscripción del solicitante como empresario individual determinando la incompetencia para la designación de mediador. El solicitante carece de la condición de empresario en los términos resultantes del artículo 231.1 de la Ley 22/2003, de 9 julio, concursal.

III

Don J.M.P.P., presentó un escrito de fecha 22 de julio de 2020 que tuvo entrada en el Registro Mercantil de Badajoz el día 24 inmediato posterior, mediante el cual interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución. El recurrente se limita a afirmar que tras la denegación de la actuación notarial presentó su solicitud ante el Registro Mercantil apoyado en la línea jurisprudencial que atribuye a los juzgados de lo mercantil la competencia para tramitar el concurso sucesivo de persona física cuando una parte cuantitativamente importante del pasivo se ha generado durante una actividad empresarial anterior (con cita de sentencias).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Visto el artículo 16.2 del Código de Comercio; los artículos 631, 635, 638 y 641 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo por el que se aprueba el texto refundido de la ley 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 en materia de designación de mediadores en procedimientos para alcanzar un acuerdo extrajudicial de 4 y 9 de marzo, 9 de septiembre y 18 de octubre de 2016, 1 de junio de 2018 y 19 de febrero (1.ª, 2.ª y 3.ª), de 2020.

1. Solicitada designación de mediador concursal al efecto de alcanzar el acuerdo extrajudicial de pagos al que hace referencia el artículo 631 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo por el que se aprueba el texto refundido de la ley Concursal (aunque la solicitud se presentó antes de su entrada en vigor no afecta al resultado de la presente), el registrador mercantil la rechaza por considerar que tratándose de persona física no empresario, carece de competencia para tramitarlo así como que no resultan los datos suficientes para practicar la inscripción de empresario individual. Con anterioridad el solicitante se había dirigido a un notario de su localidad con igual pretensión siendo rechazada por considerar este que carecía de competencia al ser el pasivo de origen, a su juicio, esencialmente de carácter mercantil. Esta decisión del notario no fue objeto de recurso en su momento por parte del ahora solicitante que se dirigió al Registro Mercantil dando lugar a la presente.

El supuesto de hecho es sustancialmente idéntico al que dio lugar a la resolución de este Centro Directivo de fecha 18 de octubre de 2016. La doctrina entonces formulada debe ser ahora objeto de reiteración con desestimación del recurso.

2. Como entonces se afirmó, las resoluciones de este Centro Directivo de fechas 4 y 9 de marzo de 2016, ya pusieron de manifiesto como del artículo

232.3 de la Ley Concursal (hoy 640.1 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo por el que se aprueba el texto refundido de la ley Concursal), resulta que el registrador mercantil debe comprobar «el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 231», así como «los datos y documentación aportados por el deudor». Si de la documentación aportada (y del contenido del Registro Mercantil o del Registro Público Concursal, en su caso), resultase que el solicitante carece de la legitimación necesaria para solicitar el nombramiento de mediador concursal o que incurre en alguna de las exclusiones legales, puede el registrador rechazar la solicitud sin perjuicio de la posibilidad de subsanación de la deficiencias observadas y enmendables a que se refiere el mismo precepto.

Entre los requisitos que debe analizar el registrador mercantil está la apreciación de su propia competencia, que viene determinada por las características del deudor solicitante tal y como resulta del artículo 232.3 de la Ley concursal que, en lo que ahora interesa dice así: «En caso de que los deudores sean empresarios o entidades inscribibles, se solicitará la designación del mediador al Registrador Mercantil correspondiente al domicilio del deudor mediante instancia que podrá ser cursada telemáticamente, el cual procederá a la apertura de la hoja correspondiente, en caso de no figurar inscrito.» (hoy 638.2 del texto refundido).

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 (hoy 640.2 del texto refundido), 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, el texto refundido asimila otros sujetos personas físicas cuya competencia para la designación de mediador concursal es atribuida igualmente al registrador mercantil. Dice así el artículo 638.4 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo por el que se aprueba el texto refundido de la ley Concursal «A los efectos de este Título se considerarán empresarios personas naturales no solamente las personas naturales que tengan tal condición, sea conforme a la legislación mercantil, sea conforme a la legislación de la seguridad social, sino también aquellos que ejerzan actividades profesionales, así como los trabajadores autónomos.»

Consecuentemente corresponde al registrador mercantil la competencia de designación de mediador concursal cuando el solicitante sea persona física que ejerza actividades profesionales, cuando ostente la condición de empresario de acuerdo con la legislación de la Seguridad Social, así como cuando ostente la condición de trabajador autónomo.

Si bien estos dos últimos supuestos aparecen en general bien definidos en la legislación aplicable (*vide* arts. 137 y 138.3 en relación con los artículos 305 y 306, todos del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social),

no ocurre lo mismo con el concepto relativo a la actividad profesional llevada a cabo por persona física que carece de una definición material normativa y que, además, puede solaparse con la condición de autónomo. En cualquier caso, corresponderá al registrador la apreciación de si el solicitante acredita suficientemente la condición de profesional a los efectos de determinar su competencia (*vide* art. 12 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común).

3. A la luz de las consideraciones anteriores esta Dirección General debe rechazar el recurso porque de la documentación aportada no resulta que el solicitante o su esposa, pues ambos firman el formulario de solicitud, ostenten condición que atribuya competencia al registrador mercantil. No nos encontramos ante ninguno de los supuestos a que hacen referencia los preceptos anteriormente reseñados para que la competencia del nombramiento corresponda al registrador mercantil. Consecuentemente corresponderá al notario del domicilio del deudor llevar a cabo la designación.

Como resulta del expediente lo cierto es que los interesados así lo hicieron, pero al recibir una respuesta negativa sobre la competencia del notario requerido (respuesta negativa que no fue objeto de recurso), reiteraron la solicitud ante el Registro Mercantil. Dadas las consideraciones anteriores esta Dirección General considera que los interesados deben llevar a cabo una nueva solicitud ante el notario de su domicilio aportando la documentación a que se refieren los artículos 635 y 636 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo por el que se aprueba el texto refundido de la ley Concursal.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Badajoz, don Juan Enrique Pérez y Marín de fecha 20 de julio de 2020.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución pone fin a la vía administrativa. De conformidad con lo establecido en el artículo 86 ter.2.a.e de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; artículo 328 de la Ley Hipotecaria; disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la presente resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación ante el Juzgado de lo Mercantil que corresponda de la provincia donde se encuentre situado el Registro Mercantil, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

Madrid, 30 de septiembre de 2020 (1.ª).–Firmado: La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.