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

2.1 Nombramiento de auditores y expertos independientes

Resolución de 10 de enero de 2019 (1.ª)

En el expediente 168/2018 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Inversiones Proyectos y Construcciones, S.A.».

HECHOS

I

Don P. J. G. V., doña E. E. M., don G. G. E, don A. G. E., don R. G. E., y doña E. G. E., presentaron un escrito de fecha 29 de junio de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitaron, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socios de «Inversiones Proyectos y Construcciones, S.A.», el nombramiento de un experto para que proceda a la determinación del valor razonable de las acciones como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación.

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

a) Que la sociedad celebró junta general el día 22 de junio de 2017 entre cuyos acuerdos consta el de destinar el beneficio correspondiente al ejercicio 2016 a reservas, acuerdo que se adoptó con el voto en contra de los ahora solicitantes.

b) Que en fecha 18 de julio de 2017 ejercitaron el derecho de separación mediante su notificación a la sociedad por medio de burofax.

II

Por parte del registrador mercantil se requiere a los solicitantes para que justifiquen su condición de socios de la sociedad, así como los acuerdos a que se refiere su solicitud. Por medio de escrito de fecha 17 de julio de 2018 se aporta, entre otros, copia del certificado de la junta general emitido el día 3 de julio de 2017 por don P. A. G. V. como secretario del consejo de administración con el visto bueno de su presidente.

Del anterior documento resulta, entre otras circunstancias no relevantes para la presente que en fecha 22 de junio de 2017 se reunió la junta general de la sociedad con la asistencia del 99,48 % del capital social, estando representado el 20,14 % del mismo. Que, en relación al apartado correspondiente a la aplicación del resultado a reservas, se aprueba por mayoría del 75,63 % del capital social con los votos en contra de «don Arturo y sus representados y de don Gonzalo que solicitan el reparto de dividendos.»

Al anterior documento se acompañan diversos títulos de adquisición de acciones a favor de don G. G. E, don A. G. E., don R. G. E., y doña E. G. E., así como un cuadro resumen sin firma que contiene la relación nominativa de socios de la sociedad, así como el número de acciones de que son titulares y el porcentaje que representan en el capital social.

A la luz de la documentación aportada el registrador mercantil oficia de nuevo a los solicitantes mediante escrito de fecha 18 de julio de 2018 a fin de que aporten el acta de la junta celebrada por la sociedad el día 22 de junio de 2017 a fin de que conste la identidad de los socios que asistieron a la junta y el sentido de su voto.

Mediante escrito de fecha 1 de agosto de 2018 con entrada en el Registro Mercantil de Madrid el día 3 inmediato posterior, los solicitantes exponen lo siguiente: Que la sociedad no les hizo entrega del acta de la junta general de socios pese a haberles requerido para ello. Que igualmente requirieron sin existo al órgano de administración para que la junta general contara con la presencia de notario. Que acompañan documentación de respaldo. Que, a pesar de lo anterior, del certificado de la junta que han acompañado a su solicitud resulta la asistencia de diez socios que representaban el 99,48 % del capital social. Que su nombre es el siguiente…Que también resulta que de los anteriores socios seis comparecieron personalmente y cuatro representados. Que igualmente resulta que el apartado relativo a la aplicación del resultado fue aprobado con el voto en contra de don Arturo y sus representados. Que don Arturo representaba al resto de firmantes de la solicitud salvo a don Gonzalo que compareció personalmente en la junta general. Que dejan constancia de la falta de diligencia de la administración de la sociedad en relación a la inscripción *(sic)* de los libros de actas y de socios en el Registro Mercantil de Madrid.

III

Previo traslado de la solicitud por parte del Registro Mercantil, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que los firmantes de su solicitud mencionan en su escrito, pero no aportan la contestación del día 31 de julio de 2017 que la sociedad les remitió a su notificación de ejercicio de derecho de separación. Que como resultaba de dicha contestación ninguno de los beneficios obtenidos por la sociedad procede de la explotación del objeto social. Que en el ejercicio 2013 y con la finalidad de salvar a la sociedad se llevó a cabo una ampliación de capital a la que no acudieron los solicitantes diluyendo su participación a la actual por lo que no pueden quejarse de su carácter minoritario que tiene carácter voluntario. Que de dicha situación se derivó una grave situación económica que repercutió en la bajada de beneficios de la sociedad. Que de las cuentas depositadas correspondientes al ejercicio 2016 resulta que los beneficios contabilizados son ajenos a ingresos originados fuera de toda actividad derivada de la explotación del objeto social. Que en

concreto dichos beneficios proceden de la diferencia entre los ingresos extraordinarios o excepcionales y los gastos de la misma naturaleza. Que como resulta de la memoria proceden de determinados procedimientos judiciales por lo que los beneficios no pueden considerarse propios del a explotación. Que se cita la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 26 de marzo de 2015. 2.º Que la acción de los socios está prescrita de conformidad con el artículo 1968.2 en relación con el 1902 del Código Civil al fundamentarse en el incumplimiento de una supuesta obligación. Que ha transcurrido un año desde la celebración de la junta hasta la presentación de la solicitud.

IV

El registrador mercantil de Madrid núm. 16, don Ignacio Palacios Gil de Antuñano dictó resolución en fecha 31 de agosto de 2018 por la que acordó admitir la oposición y resolver la improcedencia del nombramiento del experto solicitado para la determinación del valor razonable de las acciones de acuerdo con el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil. Su resolución se fundamenta en el carácter extraordinario de los ingresos obtenidos en el ejercicio.

V

Don P. J. G. V., doña E. E. M., don G. G. E, don A. G. E., don R. G. E., y doña E. G. E.,, por escrito de fecha 10 de octubre de 2018, que tuvo entrada el día siguiente en el Registro Mercantil de Madrid, subsanado por otro de fecha 15 de octubre de 2018, interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base, resumidamente, a los siguientes argumentos: Que como único argumento para desestimar la solicitud se arguye la existencia de una partida de ingresos que se califican como extraordinarios. Que, de conformidad con el informe, que acompañan, que ha llevado a cabo un auditor de las citadas cuentas anuales resulta que amén del resultado extraordinario señalado en la cuenta de pérdidas y ganancias es preciso tener en cuenta la partida de deterioro y resultado por enajenaciones de 166.310, 16 euros lo que supone un beneficio a efectos del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital de 111.685, 83 euros. Que, si se admite la exclusión, por excepcionales de determinados ingresos, debe aceptarse la exclusión, igualmente por excepcionales, de determinados gastos. Acompañan a su escrito de recurso el informe llevado a cabo por determinada auditora llevado a cabo, como del mismo resulta, a la luz de las cuentas anuales de la sociedad de los ejercicios 2005 al 2016.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; artículos 346, 348, 348 bis, 349 y 353 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital; y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil; las sentencias del Tribunal Supremo 32/2006, de 23 de enero y 63/2011, de 28 de febrero; y las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del

Notariado de 20 de enero de 2011, 4 de febrero de 2013, 25 de julio, 17 de septiembre y 3 de noviembre de 2014, 21 de enero y 14 de mayo de 2015, 20 de septiembre, 23 de octubre, 16, 27 y 28 de noviembre, 4, 11, 22 y 28 de diciembre de 2017, 8, 16, 22, 26 y 31 de enero y 1, 7, 12, las tres del día 13, las tres del día 22, 28 de febrero, 26 de marzo, 9 de abril, 4, 16 y 22 de mayo y 11 de junio de 2018.

1. Celebrada junta general ordinaria de una sociedad y aprobadas las cuentas correspondientes al ejercicio 2016, se aprueba igualmente la aplicación del resultado consistente en un beneficio de seis mil ciento noventa y siete euros con cincuenta y siete céntimos (6197,57 €). a reservas; en concreto del apartado 2.7 de la memoria resulta que la propuesta consiste en destinar 619,76 euros a reserva legal; 906,19 euros a reservas de capitalización y 4672,62 euros a reservas voluntarias.

La propuesta de aplicación del resultado es aprobada por la mayoría social y con el voto en contra de los hoy solicitantes quienes ejercitan el derecho de separación en el plazo legalmente establecido y ahora ejercitan la facultad prevista en el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital de solicitar la designación de un experto independiente. La sociedad se opone por considerar, entre otros motivos, que los beneficios obedecen a actividades ajenas al objeto social. El registrador mercantil aprecia el motivo de oposición y desestima la solicitud de designación de experto independiente. Los interesados recurren.

De la cuenta de resultados de la sociedad integrada en las cuentas debidamente auditadas de la sociedad resulta que el resultado del ejercicio 2016 asciende a la cantidad de seis mil ciento noventa y siete euros con cincuenta y siete céntimos (6197,57 €). Igualmente resulta que entre las partidas que integran la cuenta de pérdidas y ganancias se encuentra la denominada «Otros resultados», que asciende a la cantidad de sesenta mil ochocientos veintiunos euros con noventa céntimos (60.821,90 €), que, de conformidad con el contenido de la memoria se deben a indemnizaciones percibidas (10.020,70 euros), otros ingresos excepcionales (1500,41 euros), y ajustes y regularizaciones (74.722, 86 euros).

2. Es doctrina de esta Dirección General (Resoluciones de 16 y 28 de noviembre, 11 de diciembre de 2017 y de 22 enero, 7 y 22 de febrero, 26 de marzo y 6 de junio de 2018), que, como resulta de la dicción del artículo 348 bis es presupuesto básico de existencia del derecho de separación que la junta general haya tomado la decisión de no repartir dividendo de al menos «un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior, que sean legalmente repartibles.» El beneficio pues no sólo ha de ser legalmente repartible (*vide* arts. 273 y 326 de la Ley de Sociedades de Capital), sino que ha de proceder de la explotación del objeto social.

En el expediente que da lugar a la presente y en esta vía de recurso, las partes solamente disienten sobre si el beneficio obtenido tiene o no el carácter previsto por el ordenamiento y si, en consecuencia, procede o no el derecho

de separación. No se discute ninguna otra cuestión que por tanto centra lo que constituye el objeto de la presente.

El concepto de lo que debe considerarse como beneficio propio de la explotación ha sido debidamente tratado por la sentencia número 81/2015 de 26 marzo, de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección15.ª), cuyo criterio, que esta Dirección debe aplicar, es el siguiente: «La doctrina, al analizar el artículo 348 bis, considera que para determinar el "beneficio propio de la explotación del objeto social"» habrá que excluir los "beneficios extraordinarios o atípicos", valorando a tal efecto la interpretación que se venía haciendo del artículo 128 de la LSC y la justificación de la enmienda que modificó la Ley. Compartimos ese criterio, que también es aceptado por las partes, por lo que para fijar la base de reparto de la que se obtiene el tercio legal habrá que partir del resultado del ejercicio y depurarlo mediante la eliminación de los beneficios extraordinarios. A partir de ahí, no podemos compartir el criterio de la demandada, acogido sustancialmente por la sentencia apelada, que identifica "beneficio propio de la explotación del objeto social" con el beneficio que una compañía obtiene con su actividad ordinaria, esto es, con la que define el objeto social. Según LAMIR S. A. hay que adentrase en la sustancia económica de cada operación: beneficio ordinario será aquel que procede de operaciones vinculadas al objeto social y beneficio extraordinario el obtenido con operaciones ajenas o extrañas al mismo. Sólo los primeros, al entender de la demandada, han de ponderar para determinar "beneficio propio de la explotación del objeto social" Además, el círculo se cierra, a nuestro modo de ver de forma incorrecta, cuando se constriñe el objeto de la sociedad a la actividad explicitada en los estatutos, con exclusión de otras que contribuyen a la consecución del fin social, como pueden ser los ingresos financieros. Si nos guiáramos exclusivamente con criterios funcionales o materiales, sería preciso analizar todos y cada uno de los ingresos y gastos de la sociedad, para dilucidar si podemos calificarlos como típicamente "ordinarios", lo que generaría incertidumbre e inseguridad jurídica. No bastaría, en este caso, con escrutar las tres partidas de ingresos identificadas por la demandada. Ciertamente, no podemos estar a un concepto estrictamente contable de "beneficio propio de la explotación del objeto social", dado que como tal no está contemplado en la normativa contable. Es más, el vigente Plan General de Contabilidad, aprobado por el Real Decreto 1514/2007 (RCL 2007, 2098 y 2386), tampoco reconoce la categoría de "resultados extraordinarios", pues sólo distingue entre "resultados de explotación" y "resultados financieros". Ello, no obstante, no podemos prescindir por completo de los criterios contables, en la medida que la base de reparto se determina a partir de lo que resulte de las cuentas anuales aprobadas en junta general y las partidas excluidas por LAMIRSA, al igual que el beneficio del ejercicio 2011, se extraen directamente de la cuenta de pérdidas y ganancias. En consecuencia, entendemos que el Plan General de Contabilidad nos aporta los parámetros fundamentales que nos aproximan al concepto de "beneficio propio de la explotación del objeto social", dado que sí define qué ha de enten-

derse por "beneficio" o "ingreso extraordinario". De este modo, el PGC de 1990, aprobado por el Real Decreto 1643/1990 (RCL 1990, 2682 y RCL 1991, 676) –el artículo 348 bis tiene como precedente normas redactadas cuando dicho Plan estaba en vigor–, definía "ingresos extraordinarios" como aquellos "beneficios o ingresos de cuantía significativa que no deban considerarse periódicos al evaluar los resultados futuros de la empresa", añadiendo que "como regla general un beneficio o ingreso se considerará extraordinario únicamente si se origina por hechos o transacciones que, teniendo en cuenta el sector de la actividad en que opera la empresa, cumple las condiciones siguientes: (i) caen fuera de la actividades ordinarias y típicas de la empresa y (ii) no se espera, razonablemente, que ocurran con frecuencia". El nuevo PGC, aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por su parte, contempla, en sustitución de los ingresos extraordinarios, la cuenta correspondiente a "ingresos excepcionales", que son definidos como "beneficios e ingresos de carácter excepcional y cuantía significativa", encontrándose entre ellos "los precedentes de aquellos créditos que en su día fueron amortizados por insolvencias firmes". En definitiva, que el ingreso sea ajeno a la actividad típica de la empresa es una condición necesaria para que pueda ser considerado "beneficio extraordinario". No es, sin embargo, un requisito suficiente ni la condición principal, pues tendrá que ser de cuantía significativa, en relación con el importe neto de la cifra de negocio, y tener su origen en operaciones que no se produzcan con frecuencia.»

Este es el marco conceptual en el que debe tomar el registrador mercantil su decisión en caso de que las partes no estén de acuerdo en la concurrencia del requisito exigido por el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. De este modo si la sociedad niega la existencia de un «beneficio propio de la explotación del objeto social» que sirva de base al ejercicio del derecho de separación alegado por el solicitante, debe acreditar dicha circunstancia a satisfacción del registrador y de acuerdo con los parámetros expuestos. Es doctrina reiteradísima de esta Dirección General (en sede de recursos contra resoluciones de los registradores sobre procedencia de la designación de auditores por aplicación del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, *vide* por todas resoluciones de 17 de abril, 7 de mayo, 8 de septiembre y 28 de octubre de 2015, 16 de junio de 2016 y 2 de febrero de 2017), que cuando la sociedad niegue la concurrencia de los requisitos legales en que el interesado funda su pretensión debe acreditarlo debidamente a fin de no romper el principio de igualdad entre las partes del procedimiento. Consecuentemente, la mera afirmación de parte de que no concurren los requisitos legales o la negativa de la prueba aportada por el solicitante no bastan por si solos para desestimar su solicitud.

3. Así ocurre en el expediente que da lugar a la presente en el que la parte recurrente no niega la existencia de los ingresos excepcionales. Lo que ocurre es que, aun admitiendo lo anterior, la parte recurrente considera que existen beneficios que justifican el ejercicio de su derecho de separación por cuanto

frente a los ingresos excepcionales existen otros gastos extraordinarios que deben igualmente computarse si bien en sentido contrario. En apoyo de su motivo acompañan un informe llevado a cabo por una auditora que llega a la conclusión que se expone más arriba.

El recurso no puede prosperar porque acreditado por la sociedad la existencia de ingresos excepcionales que, como afirma el registrador en su resolución, implicarían la inexistencia de beneficio, el derecho de separación carece de fundamento para su ejercicio. La parte recurrente alega que deben tenerse en cuenta otras partidas para llegar a la conclusión de que existe beneficio que fundamente el ejercicio del derecho de separación y que acompaña un informe llevado a cabo por una profesional auditora en apoyo de su argumento, pero el procedimiento registral contemplado en los artículos 338 y siguientes por el que se determina si procede la designación de un experto independiente se caracteriza por lo limitado de su ámbito y de sus medios de conocimiento.

Como esta Dirección ha recordado en numerosísimas ocasiones (*vide* resoluciones en materia de auditores de fechas 15 de julio y 19 de octubre de 2015, entre otras muchas), el objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos legalmente exigibles para que se acuerde, de acuerdo con el artículo 353, la pertinencia de nombramiento de un experto independiente que determine el valor razonable de las acciones o participaciones sociales. La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (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.»

En definitiva, no es competencia de esta Dirección General determinar cuál haya de ser el tratamiento de la cuenta de resultados de la sociedad que constituye el objeto de la presente ni si de la misma pueden derivarse consecuencias distintas a las que resultan de su mera lectura. Si la parte recurrente considera que pese a la existencia de ingresos excepcionales existe fundamento jurídico para que se reconozca su derecho de separación deberá plan-

tear su pretensión ante el órgano jurisdiccional competente en el que, con plenitud de medios de conocimiento habrá de plantearse y resolverse.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid núm. 16, don Ignacio Palacios Gil de Antuñano de fecha 31 de agosto de 2018.

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

Madrid, 10 de enero de 2019 (1.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 10 de enero de 2019 (2.ª)

En el expediente 169/2018 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Expansor, S.L.».

HECHOS

I

Don R. R. B. presentó un escrito de fecha 26 de julio de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día inmediato posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio de «Expansor, S.L.», el nombramiento de un experto para que proceda a la determinación del valor razonable de las participaciones como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación.

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

a) Que la junta general de la sociedad se reunió en fecha 23 de junio de 2017. Acompaña a la solicitud copia del acta autorizada por el notario de Coslada don Fernando Rodríguez Prieto. De dicho instrumento público resulta que se constituyó en su presencia la junta general de la sociedad, previa su convocatoria, con asistencia de los tres socios que la integran y que reúnen el 100 % del capital social, entre ellos el solicitante. Tras la aprobación del primer punto del orden del día relativo a las cuentas anuales del ejercicio 2016 y gestión del órgano de administración, con el voto en contra del hoy solicitante, se pasa al segundo punto relativo a la propuesta de aplicación del resultado. Del acta resulta que existe un beneficio de 1.011,58 euros y que la presidenta propone su aplicación a reservas. Consta la aprobación de la propuesta por el 67 % del capital social con el voto en contra del 33 % correspondiente al hoy solicitante que hace constar su oposición.

b) Que notificó a la sociedad el ejercicio de su derecho de separación el día 17 de julio de 2017 mediante burofax y por medio de notario en acta de notificación de fecha 19 de julio de 2017 autorizada por el notario de Coslada don Fernando Rodríguez Prieto que cumplimentó por medio de diligencia de la misma fecha

II

Previo traslado de la solicitud por parte del Registro Mercantil, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que no resulta de aplicación el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital al tratarse de un reparto de dividendos correspondientes al ejercicio 2016 cuando estaba suspendida su vigencia y no resultaba de aplicación e implicar una aplicación retroactiva en contra de lo dispuesto en el artículo 2 del Código Civil. 2.º Que el solicitante incurre en un claro abuso de derecho como resulta que oculta que, si bien la junta a que se refiere su escrito viene referida al ejercicio 2016, en fecha 28 de junio de 2018 se celebró otra junta general que acordó el reparto del 50 % del beneficio obtenido en 2017 y que en fecha 29 de junio de 2018 *(sic)*, se celebró otra junta que acordó otro reparto por importe de 15.000 euros. Que de lo anterior resulta un claro abuso de derecho al pretender ejercitar un derecho y luego además cobrar los beneficios del ejercicio siguiente. 3.º Que no es de aplicación el artículo 348 bis pues en la junta celebrada el día 23 de junio de 2017 el solicitante se limitó a votar en contra sin exigir como legalmente está previsto el reparto de dividendos. Que aprobadas las cuentas del ejercicio 2017 no procede ahora exigir el derecho de separación del ejercicio 2016 como resulta del propio artículo 348 bis que se refiere al ejercicio anterior. 4.º Que no se dan los presupuestos del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital pues no ha existido ningún intento de acuerdo o negociación.

A requerimiento del registrador mercantil, la sociedad aporta al expediente copia del acta de la junta general universal celebrada el día 29 de junio de 2017 de la que resulta la adopción por unanimidad del siguiente acuerdo: Aprobar y ratificar un reparto de 15.000 euros a los socios con cargo a reservas antes del 15 de julio de 2017.

III

El registrador mercantil de Madrid núm. 23, don Fernando Trigo Portela dictó resolución en fecha 11 de septiembre de 2018 por la que acordó resolver la suspensión del procedimiento en tanto la discrepancia entre la sociedad y el socio no se resuelva previamente en el ámbito judicial o por acuerdo interpartes.

IV

Don R. R. B., por escrito de fecha 16 de octubre 2018, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Madrid, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General en base, resumidamente, a los siguientes argumentos: 1.º Que la resolución del registrador se pronuncia sobre la designación de experto independiente omitiendo con carácter previo que se le había solicitado pronunciamiento sobre el derecho de separación. Que el registrador vulnera la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado que afirma la competencia del registrador para pronunciarse sin necesidad de un previo pronunciamiento judicial. 2.º Que como resulta de la documentación aportada al procedimiento con-

curren los requisitos para la procedencia del derecho de separación. Que la junta posterior celebrada después de la advertencia de que se iba a ejercitar el derecho de separación no puede ser impedimento para el mismo. 3.º Que la misma solicitud ha sido realizada para otra sociedad de la que es socio el solicitante y se ha estimado por el propio Registro Mercantil de Madrid.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; artículos 346, 348, 348 bis, 349 y 353 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital; y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil; las sentencias del Tribunal Supremo 32/2006, de 23 de enero y 63/2011, de 28 de febrero; y las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de enero de 2011, 4 de febrero de 2013, 25 de julio, 17 de septiembre y 3 de noviembre de 2014, 21 de enero y 14 de mayo de 2015, 20 de septiembre, 23 de octubre, 16, 27 y 28 de noviembre, 4, 11, 22 y 28 de diciembre de 2017, 8, 16, 22, 26 y 31 de enero y 1, 7, 12, las tres del día 13, las tres del día 22, 28 de febrero, 26 de marzo, 9 de abril, 4, 16 y 22 de mayo y 11 de junio de 2018.

1. Celebrada junta general de la sociedad (23 de junio de 2017), se aprueba la propuesta de aplicación del resultado correspondiente al ejercicio 2016 a reservas, con el voto en contra del quien hoy actúa como solicitante. La sociedad se opone, entre otros motivos que no son de interés para la presente, porque días después de aquella junta se celebra una nueva junta (29 de junio de 2019), en la que se acuerda el reparto de quince mil euros (15.000 €), con cargo a reservas.

El registrador mercantil no resuelve ni a favor ni en contra de lo solicitado pues se limita, ante los hechos anteriores, a suspender el procedimiento en tanto no recaiga resolución judicial firme o acuerdo extrajudicial del que resulte la solución a la discrepancia entre las partes.

El solicitante recurre.

2. Procede la estimación del recurso. 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 apa-

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

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, 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 348 bis 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 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…»

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. 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).

4. Aplicadas las anteriores consideraciones al supuesto que da lugar a la presente, resulta patente que no existiendo en el expediente ni alegación ni acreditación de la existencia de un procedimiento judicial que pueda fundamentar la suspensión del procedimiento este debe finalizar con una resolución por la que se estime o desestime la pretensión del solicitante. Procede en consecuencia la estimación del recurso en cuanto se revoca la decisión de suspender la tramitación del expediente.

5. Establecido lo anterior, y entrando en la cuestión de fondo (art. 119.3 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), esta Dirección General estima procedente su estimación.

Resulta indubitadamente del expediente que la sociedad, en relación al ejercicio 2016, adoptó el acuerdo de aprobar la propuesta de aplicación del resultado positivo del ejercicio íntegramente a reservas y que en la adopción de dicho acuerdo el hoy solicitante votó en contra. Se cumplimentan así los requisitos establecidos al efecto en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital para el ejercicio del derecho de separación que reconoce el citado precepto y se legitima el ejercicio de la solicitud prevista en el artículo 353 del mismo cuerpo legal.

En nada empaña la anterior conclusión la existencia de un acuerdo posterior de junta general por el que se acuerda la distribución de un beneficio a cuenta con cargo a reservas. Aunque el contenido del acta no es lo claro que hubiera sido deseable resulta tanto de la fecha de su reunión (29 de junio de 2017), como de la fecha máxima prevista para su pago (15 de julio de 2017), que viene referido al beneficio esperable en dicho ejercicio 2017, por lo que resulta indiferente en relación a los acuerdos adoptados en relación al ejercicio 2016 en virtud del que se fundamenta el ejercicio del derecho de separación.

6. Por lo demás esta Dirección considera oportuno dar respuesta al escrito de oposición presentado por la sociedad a fin de no perjudicar su posición jurídica.

Ninguno de los motivos de oposición puede alterar las conclusiones expuestas en las consideraciones anteriores.

En primer lugar, en lo que se refiere a la aplicación de la previsión del artículo 348 bis al ejercicio 2016. El artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital entró en vigor el día 1 de enero de 2017 y desde entonces despliega su eficacia con independencia del ejercicio a que se refiera, pues la norma carece de cualquier limitación al respecto. Como reconoce la sentencia 84/2014 de 21 marzo de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 4.ª), en un supuesto sustancialmente idéntico al presente: «Y efectivamente, en el orden del día de la convocatoria de fecha 8 de agosto de 2011 para la Junta General Ordinaria de Accionistas se hace constar "Examen y aprobación, en su caso, de la propuesta de aplicación del resultado del ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2010". Dicha Junta de la mercantil demandada se celebra el 15 de octubre de 2011, cuando ya estaba en vigor el art. 348 bis, votando los socios demandantes en contra de no repartir dividendos, al menos un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social, aprobándose por la mayoría del capital social la propuesta de aplicar el resultado del ejercicio cerrado de 2010 a reservas. Este es el momento de la decisión de la voluntad social, el acuerdo adoptado en Junta General de Accionistas. Y como vimos se ejercita el derecho de separación por los socios demandantes dentro del mes siguiente, que es el plazo de su ejercicio, estando también en dicho momento en vigor dicho precepto, admitir lo contrario iría en contra del principio de seguridad jurídica en el tráfico jurídico, por otra parte es conocida, por reiterada, la jurisprudencia a la hora de interpretar de forma restrictiva las normas de derecho transitorio, sin extender los términos legales a situaciones no contempladas.»

La sentencia transcrita (en plena sintonía con el contenido de la sentencia del Tribunal Supremo 32/2006 de 23 enero que determina que es el momento del acuerdo que da lugar al derecho de separación cuando ha de estar vigente la norma), reconoce que es el momento del acuerdo de la junta cuando debe estar en vigor el precepto al ser cuando nace el derecho de separación por concurrencia de los requisitos legales, y con independencia de si lo estaba al cierre del ejercicio cuya aplicación del resultado se ha votado.

En segundo lugar y en relación a la actuación del solicitante y a la eventual concurrencia de un supuesto de abuso de derecho, 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). Quedan en consecuencia fuera del procedimiento cualesquiera otras afirma-

ciones de parte que tengan por objeto desvirtuar el hecho de que de la documentación presentada resulte el conjunto de requisitos legalmente exigidos para que se declare la procedencia de la designación del experto. Las alegaciones que al respecto puedan llevarse han de ser llevadas a cabo ante la autoridad jurisdiccional competente sin que tengan relevancia en el estrecho ámbito de este expediente limitado tanto por su objeto como por sus medios de prueba.

En definitiva, si la sociedad considera que de las circunstancias que estima relevantes o de la conducta de las partes existen motivos suficientes para que por la autoridad judicial se modere o alteren las consecuencias que de la aplicación del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital puedan derivarse debe hacerlo en el procedimiento judicial que corresponda. Lo que no puede pretender es que esta Dirección desvirtúe el contenido de este procedimiento más allá de lo que constituye su objeto y finalidad.

En tercer lugar, y en relación a la afirmación de que el socio hoy solicitante se limitó a votar en contra de la propuesta de aplicación del resultado, esta Dirección ha reiterado (*vide* vistos), que es preciso interpretar el precepto en la forma más adecuada para que produzca el efecto perseguido y que se ha expuesto más arriba por extenso. Como afirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.ª), 81/2015 de 26 marzo, para un supuesto en que el socio había votado a favor de una propuesta de reparto de dividendo por debajo del umbral establecido en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital: «…entendemos que el derecho de separación exige que el socio asistente a la junta muestre en ella su posición favorable a un reparto de dividendos en cifra superior a una tercera parte de los beneficios, de un lado, y que la junta acuerde una distribución distinta (inferior), de otro. Y esa situación se dio en el presente caso, dado que los actores, por medio de su representante, no se limitaron a votar a favor de la distribución propuesta, sino que hicieron constar en acta que esa propuesta era insuficiente, anunciando el ejercicio del derecho de separación. La demandada considera que los actores debieron instar la modificación del orden del día, para introducir una propuesta de distribución que respetara lo dispuesto en el artículo 348 bis del TRLSC. No compartimos esa alegación, que vedaría, de facto, el ejercicio del derecho de separación a aquellos socios minoritarios con un capital inferior al cinco por ciento, porcentaje exigido por el artículo 172 de la Ley para el complemento de convocatoria. Aquel precepto no exige que el socio promueva la modificación o el complemento del orden del día.»

El ejercicio del derecho contemplado en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital exige que el socio no haya votado a favor de una propuesta que no contemple el reparto, en forma de dividendo, del resultado obtenido en el ejercicio en la proporción mínima que dicho precepto contempla. En definitiva, que resulte patente la voluntad del socio de no aceptar una propuesta de aplicación del resultado que no se destine al reparto de dividendo en, al menos, la cantidad exigida por el precepto.

Así ocurre en el supuesto de hecho que da lugar a la presente en el que es patente la oposición del socio que ahora ejerce su derecho a la aprobación de la propuesta de aplicación de resultado sin destino alguno a la distribución de dividendo. Entenderlo de otra manera implicaría desfigurar por completo el sentido de un precepto que, si bien es cierto que tiene una dicción poco afortunada, tiene la evidente finalidad de otorgar el derecho de separación al socio que está en desacuerdo con la propuesta de aplicación de resultado que no contemple la distribución de, al menos, un tercio en forma de dividendo.

En cuarto lugar, no puede estimarse como causa de enervación del derecho del socio la circunstancia de que haya transcurrido un ejercicio completo desde que se adoptó el acuerdo que fundamento el ejercicio del derecho de separación y desde que este fue efectivamente ejercitado. Nada hay en la norma que permita interpretar semejante restricción. Bien al contrario, 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. Todo este procedimiento legal puede demorarse en el tiempo y si lo hace en términos tales que se haya llegado a la celebración de una nueva junta general ordinaria en relación a un ejercicio posterior, no por ello se extingue el derecho individual del socio ni la facultad que al mismo reconoce el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital.

En quinto lugar, y en relación directa con el motivo anterior, resulta patente la voluntad del socio de que su participación en la sociedad sea objeto de valoración por un tercero, por un experto independiente designado por el registrador mercantil, así como es patente que la sociedad y el propio socio se encuentran en esta situación como consecuencia de un prolongado desencuentro. Pretender en estas circunstancias imponer unos trámites adicionales no puede merecer amparo de esta Dirección, una vez constatado el cumplimiento por el socio de los requisitos que le legitiman para el ejercicio de su derecho de separación.

Si la sociedad considera que de 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).

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Madrid núm. 23, don Fernando Trigo Portela de fecha 11 de septiembre de 2018.

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

Madrid, 10 de enero de 2019 (2.ª)–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 10 de enero de 2019 (3.ª)

En el expediente 172/2018 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Medica Scientia Innovation Research, S.L.».

HECHOS

I

Don J. M. D. presentó un escrito de fecha 19 de julio de 2018, que complementó con otro de fecha 25 de julio del mismo año, 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

«Medica Scientia Innovation Research, S.L.», el nombramiento de un experto para que proceda a la determinación del valor razonable de las participaciones como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación.

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

a) Que la sociedad celebró junta general el día 21 de junio de 2018. Del acta autorizada en dicha fecha por el notario de Valencia don Fernando Pascual de Miguel resulta: Que en dicha fecha se reúne la junta general de la sociedad con la presencia de socios que representan el 100 % de los derechos de voto. Que tras aprobar las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017 y la gestión del órgano de administración se entra en el punto del orden del día relativo a la aplicación del resultado que asciende a la cantidad de 836.703, 60 euros. La Propuesta incluye el destino a reserva legal de la cantidad de 83.670,36 euros; reservas voluntarias 686.811, 04 euros; dividendo privilegiado 2.631 euros; dividendo 63.591,20 euros. La propuesta es aprobada con el voto en contra del socio hoy solicitante. A continuación del acta notarial se encuentran las cuentas aprobadas auditadas por el auditor de la sociedad que no se encuentra obligada.

De la cuenta de pérdidas y ganancias de la sociedad integradas en las cuentas anuales, resulta un resultado antes de impuestos de 218.026,96 euros, un impuesto sobre beneficios de 618.676,64 euros y un resultado del ejercicio de 836.703,60 euros.

b) El hoy solicitante notificó a la sociedad el ejercicio de su derecho de separación mediante escrito de fecha 9 de julio de 2018.

c) El escrito se refiere igualmente a otras cuestiones que por no ser objeto de este expediente no deben formar parte de la presente.

A requerimiento del registrador mercantil, el solicitante aporta documentación complementaria en fecha 4 de septiembre de 2018, incluido un burofax remitido por la sociedad de fecha 18 de julio de 2018 por el que se opone al ejercicio del derecho de separación.

II

La sociedad no se opuso a la pretensión del socio por lo que el registrador mercantil de Valencia núm. 4, don Juan Carlos Ramón Chornet dictó resolución en fecha 18 de septiembre de 2018 por la que acordó inadmitir la oposición y resolver la procedencia del nombramiento del experto solicitado para la determinación del valor razonable de las participaciones de acuerdo con el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil.

III

Doña A. G. B., como apoderada de la sociedad, por escrito de fecha 17 de octubre de 2018, que tuvo entrada el día 19 inmediato posterior en el Registro Mercantil de Valencia, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base, resumidamente, a los siguientes argumentos: Que a pesar de que admite que el objeto del procedimiento lo constituye la resolución del registrador es necesario dejar constancia del abuso de derecho que lleva a cabo el socio minoritario así como que las afirmaciones que contiene su escrito de solicitud sobre los beneficios sociales y otras cuestiones no responden a la realidad. Que con tal argumentación se trata de poner coto a una actuación que es objetivamente abusiva. Que el acuerdo de la junta general por el que se aprueba la propuesta de aplicación respeta el límite de reparto de dividendos repartibles. Que de acuerdo a la cuenta de pérdidas y ganancias de la sociedad el resultado, antes de impuestos, asciende a la suma

de 218.026,96 euros. Que así se pronuncia la sentencia 81/2015 de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 26 de marzo de 2015. Que como resulta de la memoria, el importe del impuesto a satisfacer o devolver durante el ejercicio 2017 asciende a la cantidad de 27.253,37 euros cantidad que debe deducirse del importe del resultado del ejercicio dando lugar a la cifra de 190.773,59 euros cuya tercera parte asciende a 63.591,20 euros, cantidad que fue objeto de reparto. Que la activación del crédito fiscal de la sociedad no afecta al resultado de explotación de la sociedad al no formar parte en ningún caso del resultado de la explotación del objeto social por lo que no debe tomarse en cuenta para el cálculo. Que en puridad el reparto debería haber sido inferior al deducir el dividendo privilegiado correspondiente a las participaciones sin voto y la parte correspondiente a la reserva legal. Que independientemente de lo anterior y como resulta de la sentencia citada de la Audiencia de Barcelona, el socio debería haber hecho protesta de reparto de dividendos lo que no ocurrió en la junta general en que se limitó a votar en contra de la propuesta de aplicación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; artículos 346, 348, 348 bis, 349 y 353 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital; y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil; las sentencias del Tribunal Supremo 32/2006, de 23 de enero y 63/2011, de 28 de febrero; y las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de enero de 2011, 4 de febrero de 2013, 25 de julio, 17 de septiembre y 3 de noviembre de 2014, 21 de enero y 14 de mayo de 2015, 20 de septiembre, 23 de octubre, 16, 27 y 28 de noviembre, 4, 11, 22 y 28 de diciembre de 2017, 8, 16, 22, 26 y 31 de enero y 1, 7, 12, las tres del día 13, las tres del día 22, 28 de febrero, 26 de marzo, 9 de abril, 4, 16 y 22 de mayo y 11 de junio de 2018.

1. Aprobadas las cuentas correspondientes al ejercicio 2017 así como la propuesta de aplicación del resultado positivo se ejerce por un socio minoritario su derecho de separación al amparo de la previsión del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. El registrador estima la solicitud y la sociedad recurre en los términos que resultan de los hechos aduciendo, en esencia, tres motivos de recurso: el abuso de derecho del socio ejerciente; la falta de concurrencia del supuesto de hecho previsto en la norma al haberse distribuido beneficios en los términos previstos en la misma, y la ausencia de protesta del socio en la junta general que aprobó la propuesta.

Con carácter previo, es preciso afirmar que las numerosas alegaciones que llevan a cabo las partes y que se refieren tanto a cuestiones de procedimiento como al fondo del asunto exigen llevar a cabo un pronunciamiento expreso sobre lo que constituye el objeto del expediente administrativo de designación de experto independiente cuya regulación se encuentra en los artículos 350 y

siguientes del Reglamento del Registro Mercantil. Con carácter expreso establece el artículo 363.1del 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.

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

2. Hecha la advertencia anterior, el recurso no puede prosperar porque ninguno de los motivos aducidos tiene la virtualidad de enervar la resolución del registrador mercantil.

En primer lugar, porque ninguna de las muchas afirmaciones que se hacen en referencia a la conducta del socio 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. 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).

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). Quedan en consecuencia fuera del procedimiento cualesquiera otras afirmaciones de parte que tengan por objeto desvirtuar el hecho de que de la documentación presentada resulte el conjunto de requisitos legalmente exigidos para que se declare la procedencia de la designación del experto. Las alegaciones que al respecto puedan llevarse han de ser llevadas a cabo ante la autoridad jurisdiccional competente sin que tengan relevancia en el estrecho ámbito de este expediente limitado tanto por su objeto como por sus medios de prueba.

En definitiva, si la sociedad considera que de las circunstancias que estima relevantes o de la conducta de las partes existen motivos suficientes para que por la autoridad judicial se modere o alteren las consecuencias que de la aplicación del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital puedan derivarse debe hacerlo en el procedimiento judicial que corresponda. Lo que no puede pretender es que esta Dirección desvirtúe el contenido de este procedimiento más allá de lo que constituye su objeto y finalidad.

3. La misma suerte desestimatoria le corresponde al segundo de los motivos de recurso. Es doctrina de esta Dirección General (Resoluciones de 16 y 28 de noviembre, 11 de diciembre de 2017 y de 22 enero, 7 y 22 de febrero, 26 de marzo y 6 de junio de 2018), que, como resulta de la dicción del artículo 348 bis es presupuesto básico de existencia del derecho de separación que la junta general haya tomado la decisión de no repartir dividendo de al menos «un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior, que sean legalmente repartibles.» El beneficio pues no sólo ha de ser legalmente repartible (*vide* arts. 273 y 326 de la Ley de Sociedades de Capital), sino que ha de proceder de la explotación del objeto social.

El concepto de lo que debe considerarse como beneficio propio de la explotación ha sido debidamente tratado por la sentencia número 81/2015 de 26 marzo, de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 15.ª), cuyo criterio, que esta Dirección debe aplicar, es el siguiente: «La doctrina, al analizar el artículo 348 bis, considera que para determinar el "beneficio propio de la explotación del objeto social"» habrá que excluir los "beneficios extraordinarios o atípicos", valorando a tal efecto la interpretación que se venía haciendo

del artículo 128 de la LSC y la justificación de la enmienda que modificó la Ley. Compartimos ese criterio, que también es aceptado por las partes, por lo que para fijar la base de reparto de la que se obtiene el tercio legal habrá que partir del resultado del ejercicio y depurarlo mediante la eliminación de los beneficios extraordinarios. A partir de ahí, no podemos compartir el criterio de la demandada, acogido sustancialmente por la sentencia apelada, que identifica "beneficio propio de la explotación del objeto social" con el beneficio que una compañía obtiene con su actividad ordinaria, esto es, con la que define el objeto social. Según LAMIR S. A. hay que adentrase en la sustancia económica de cada operación: beneficio ordinario será aquel que procede de operaciones vinculadas al objeto social y beneficio extraordinario el obtenido con operaciones ajenas o extrañas al mismo. Sólo los primeros, al entender de la demandada, han de ponderar para determinar "beneficio propio de la explotación del objeto social" Además, el círculo se cierra, a nuestro modo de ver de forma incorrecta, cuando se constriñe el objeto de la sociedad a la actividad explicitada en los estatutos, con exclusión de otras que contribuyen a la consecución del fin social, como pueden ser los ingresos financieros. Si nos guiáramos exclusivamente con criterios funcionales o materiales, sería preciso analizar todos y cada uno de los ingresos y gastos de la sociedad, para dilucidar si podemos calificarlos como típicamente "ordinarios", lo que generaría incertidumbre e inseguridad jurídica. No bastaría, en este caso, con escrutar las tres partidas de ingresos identificadas por la demandada. Ciertamente, no podemos estar a un concepto estrictamente contable de "beneficio propio de la explotación del objeto social", dado que como tal no está contemplado en la normativa contable. Es más, el vigente Plan General de Contabilidad, aprobado por el Real Decreto 1514/2007 (RCL 2007, 2098 y 2386), tampoco reconoce la categoría de "resultados extraordinarios", pues sólo distingue entre "resultados de explotación" y "resultados financieros". Ello, no obstante, no podemos prescindir por completo de los criterios contables, en la medida que la base de reparto se determina a partir de lo que resulte de las cuentas anuales aprobadas en junta general y las partidas excluidas por LAMIRSA, al igual que el beneficio del ejercicio 2011, se extraen directamente de la cuenta de pérdidas y ganancias. En consecuencia, entendemos que el Plan General de Contabilidad nos aporta los parámetros fundamentales que nos aproximan al concepto de "beneficio propio de la explotación del objeto social", dado que sí define qué ha de entenderse por "beneficio" o "ingreso extraordinario". De este modo, el PGC de 1990, aprobado por el Real Decreto 1643/1990 (RCL 1990, 2682 y RCL 1991, 676) –el art. 348 bis tiene como precedente normas redactadas cuando dicho Plan estaba en vigor–, definía "ingresos extraordinarios" como aquellos "beneficios o ingresos de cuantía significativa que no deban considerarse periódicos al evaluar los resultados futuros de la empresa", añadiendo que "como regla general un beneficio o ingreso se considerará extraordinario únicamente si se origina por hechos o transacciones que, teniendo en cuenta el sector de la actividad en que opera la empresa, cumple las condiciones siguien-

tes: (i) caen fuera de la actividades ordinarias y típicas de la empresa y (ii) no se espera, razonablemente, que ocurran con frecuencia". El nuevo PGC, aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por su parte, contempla, en sustitución de los ingresos extraordinarios, la cuenta correspondiente a "ingresos excepcionales", que son definidos como "beneficios e ingresos de carácter excepcional y cuantía significativa", encontrándose entre ellos "los precedentes de aquellos créditos que en su día fueron amortizados por insolvencias firmes". En definitiva, que el ingreso sea ajeno a la actividad típica de la empresa es una condición necesaria para que pueda ser considerado "beneficio extraordinario". No es, sin embargo, un requisito suficiente ni la condición principal, pues tendrá que ser de cuantía significativa, en relación con el importe neto de la cifra de negocio, y tener su origen en operaciones que no se produzcan con frecuencia.»

Este es el marco conceptual en el que debe tomar el registrador mercantil su decisión en caso de que las partes no estén de acuerdo en la concurrencia del requisito exigido por el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. De este modo si la sociedad niega la existencia de un «beneficio propio de la explotación del objeto social» que sirva de base al ejercicio del derecho de separación alegado por el solicitante, debe acreditar dicha circunstancia a satisfacción del registrador y de acuerdo con los parámetros expuestos. Es doctrina reiteradísima de esta Dirección General (en sede de recursos contra resoluciones de los registradores sobre procedencia de la designación de auditores por aplicación del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, *vide* por todas resoluciones de 17 de abril, 7 de mayo, 8 de septiembre y 28 de octubre de 2015, 16 de junio de 2016 y 2 de febrero de 2017), que cuando la sociedad niegue la concurrencia de los requisitos legales en que el interesado funda su pretensión debe acreditarlo debidamente a fin de no romper el principio de igualdad entre las partes del procedimiento. Consecuentemente, la mera afirmación de parte de que no concurren los requisitos legales o la negativa de la prueba aportada por el solicitante no bastan por si solos para desestimar su solicitud.

4. Así ocurre en el expediente que da lugar a la presente en el que la parte recurrente considera que el resultado positivo del ejercicio, que asciende a la cantidad de 836.703,60 euros conforme a la cuenta de resultados, debe ser minorado en la cantidad de 618.676,64 euros procedente de créditos fiscales, así como en la cantidad correspondiente al impuesto del ejercicio ascendente a 27.253,37 euros.

Esta Dirección no puede amparar semejante afirmación porque, en el ámbito de este expediente y en los términos más arriba analizados, la sociedad no ha acreditado que la cantidad correspondiente a los créditos fiscales deba ser deducida del importe del beneficio que resulta de la cuenta de resultados.

Como esta Dirección ha recordado en numerosísimas ocasiones y se ha reiterado más arriba, (*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).

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.»

En definitiva, no es competencia de esta Dirección General determinar cuál haya de ser el tratamiento contable de la cuenta de resultados de la sociedad que constituye el objeto de la presente ni si de la misma pueden derivarse consecuencias distintas a las que resultan de su mera lectura. Si la parte recurrente considera que pese a la existencia de beneficios positivos existe fundamento jurídico para que no se reconozca el derecho de separación deberá plantear su pretensión ante el órgano jurisdiccional competente en el que, con plenitud de medios de conocimiento habrá de plantearse y resolverse.

5. La misma suerte desestimatoria merece el tercer motivo de recurso relativo al sentido del voto del socio que ha ejercitado su derecho de separación.

El nacimiento del derecho de separación depende exclusivamente de la concurrencia de los requisitos legales exigidos por la norma que lo ampara. Como afirma la sentencia 32/2006 de 23 enero de nuestro Tribunal Supremo el derecho de separación: «Nace por efecto del acuerdo adoptado con oposición del que pretende la separación, desde la aprobación del acta (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.

Con el fin de evitar la doctrina expuesta, la sociedad recurrente afirma que no es suficiente la concurrencia de los hechos anteriormente citados, sino que, además, es necesario que el socio disidente haya adoptado una actitud activa en la junta en la que se adoptó el acuerdo, actitud que debe traducirse en una protesta sobre distribución del dividendo. El fundamento del argumento con-

siste en afirmar los graves efectos que puede producir el ejercicio del derecho de separación, así como la necesidad de que la junta y el resto de los socios tengan conocimiento de las intenciones del socio disidente.

Los efectos que produce el ejercicio del derecho de separación son idénticos cualesquiera 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 de poner en conocimiento de la sociedad o del resto de socios cual haya de ser la intención del disidente. Es cierto que el efecto económico en la sociedad que puede deparar el ejercicio del derecho de separación puede conllevar un perjuicio, pero es precisamente por este motivo por lo que, como afirma la reiterada sentencia 32/2006 de 23 enero del alto Tribunal, el órgano responsable de elaborar la propuesta: «…habría que pensar se ha estudiado y meditado atentamente antes de proponer y de acordar la mutación de la que traen causa las actuaciones…»

6. Las anteriores conclusiones no se ven desvirtuadas por el contenido de la sentencia 81/2015 de 26 marzo de la sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona. Es cierto que dicha sentencia afirma que: «En cualquier caso, entendemos que el socio minoritario que vota en el sentido exigido por la norma y que manifiesta expresamente su intención de ejercitar el derecho de separación por entender que los dividendos son insuficientes, no puede verse perjudicado por una norma confusa, de reciente incorporación a nuestro Ordenamiento, que en una interpretación estrictamente gramatical puede llevar a situaciones absurdas.», pero no lo es menos que la propia sentencia, siguiendo claramente la interpretación llevada a cabo por el Tribunal Supremo afirma que: «Por tanto, los presupuestos para el ejercicio del derecho de separación son los siguientes:... Que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social durante el ejercicio anterior al acuerdo.»

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

De los hechos expuestos resulta que la junta general votó a favor de la propuesta de la administración y que el socio que ejercita su derecho de separación votó en contra de la propuesta. Como ha reiterado esta Dirección General en la materia que nos ocupa (resoluciones de 4 y 22 de diciembre de 2017, 8 de enero, 12, 13, 22 y 28 de febrero de 2018), el ejercicio del derecho de separación contemplado en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, exige que el socio no haya votado a favor de una propuesta que no contemple el reparto, en forma de dividendo, del resultado obtenido en el ejercicio en la proporción mínima que dicho precepto contempla. En definitiva, que resulte

patente la voluntad del socio de no aceptar una propuesta de aplicación del resultado que no se destine al reparto de dividendo en, al menos, la cantidad exigida por el precepto.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Valencia núm. 4, don Juan Carlos Ramón Chornet de fecha 18 de septiembre de 2018.

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

Madrid, 10 de enero de 2019 (3.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Valencia.

Resolución de 10 de enero de 2019 (4.ª)

En el expediente 181/2018 sobre nombramiento de auditor excepcional a instancia de la sociedad «Lyonsall LCC y CIA Sociedad en Comandita.».

HECHOS

I

Por escrito de fecha 12 de diciembre de 2018, con entrada en este Ministerio el mismo día 12 de diciembre, el registrador mercantil de Madrid XV, don Ignacio Palacios Gil de Antuñano, de conformidad con lo establecido en el artículo 356.1 del Reglamento del Registro Mercantil, remite a esta Dirección General expediente en relación con el nombramiento de auditor solicitado para el ejercicio 2017 de la sociedad «Lyonsall LCC y CIA Sociedad en Comandita.», a los efectos previstos en el citado artículo 356.1 del Reglamento del Registro Mercantil. El escrito remitido incluye el informe exigido a los efectos de lo dispuesto en el artículo 356 del citado Reglamento.

II

Forman parte de dicho expediente la solicitud inicial de nombramiento de auditor de cuentas al amparo del artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 del Reglamento del Registro Mercantil, dirigida al registro mercantil de Madrid, de fecha 30 de octubre de 2018, formulada por ……, representante persona física de «ALLYONS LLC», y

……, como representante persona física de «LYONSALL LLC», en su condición de administradores mancomunados de la sociedad «LYONSALL LCC Y CÍA SOCIEDAD EN COMANDITA», así como el informe de fecha 12 de diciembre de 2018 del registrador mercantil de Madrid XV, don Ignacio Palacios Gil de Antuñano, del que resulta que puede entenderse justificada la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor y elevando el expediente a esta Dirección General.

III

De la solicitud inicial de nombramiento de auditor de fecha 30 de octubre de 2018, dirigida al registro mercantil de Madrid, formulada por ……, representante persona física de «ALLYONS LLC», y ……, como representante persona física de «LYONSALL LLC», en su condición de administradores mancomunados de la sociedad en cuestión, al amparo del artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 del Reglamento del Registro Mercantil, en especial el artículo 356 del expresado Reglamento, y según manifiestan los interesados, resulta, en esencia, que:

1.º Que, desde su constitución en el año 2004, la Sociedad no ha estado obligada a la verificación de sus cuentas anuales por un auditor de cuentas, al no superar los umbrales establecidos en normativa mercantil aplicable.

2.º Que, tras la finalización del ejercicio 2017 el 31 de diciembre de dicho año, la Sociedad ha constatado que, en el ejercicio 2016, cometió un error en cuanto a la clasificación de ciertos activos de la Sociedad, y por lo tanto, su cifra de negocios durante 2016, superó el umbral establecido en el artículo 263 de la LSC, habiendo sido superado también en el ejercicio 2017 como consecuencia de la necesidad de realizar dicha reclasificación, fruto de lo cual, la sociedad ha dejado de cumplir, durante dos ejercicios consecutivos, dos de los tres requisitos establecidos en el artículo 263 de la LSC para la exención de la obligación de auditar cuentas anuales, por lo que la sociedad está obligada a auditar sus cuentas anuales individuales por primera vez para el ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2017. No obstante, lo anterior, al proceder dicho cambio de una reclasificación de partidas realizado en la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2017 tras finalizar dicho ejercicio, no pudo proceder, antes del 31 de diciembre de 2017, a nombrar auditor de cuentas para el depósito de las cuentas anuales de dicho ejercicio, dado que aún no había confirmado el error antes mencionado.

3.º Que, como consecuencia de la obligación de auditar las cuentas anuales de la sociedad tras la reclasificación realizada, la sociedad también está obligada a auditar las cuentas anuales consolidadas para el ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2017.

4.º A su vez, la sociedad solicitante forma parte del grupo Alltech, multinacional con presencia en más de 50 países, por lo que tiene implantadas políticas internas y directrices a nivel de grupo que, establecen, entre otras cuestiones, la recomendación de KPMG como firma de auditoría del grupo en todos los países en los que tiene presencia, siendo KPMG la firma que audita, entre otras, la sociedad estadounidense titular de la mayoría del capital social de la sociedad, así como la filial de la sociedad en España que tiene obligación de auditar, la mercantil «ALLTECH SPAIN, S.L.», inscrita en el Registro Mercantil de Guadalajara. Como consecuencia de lo anterior, por razones de eficiencia y consistencia, el grupo Alltech encarga a KPMG la auditoría de las cuentas de todas sus filiales cuando surge dicha necesidad, lo cual, a su vez, ayuda a hacer el reporting reforzado que están obligadas a realizar las sociedades cabeceras del grupo en EE. UU. de conformidad con los principios contables aplicables en dicho país.

5.º Teniendo en cuenta las fechas actuales, y que la sociedad se encuentra fuera de plazo legal para la presentación de las cuentas anuales del ejercicio 2017 por la necesidad de preparar las cuentas anuales, tanto individuales como consolidadas, en formato ordinario y auditar las mismas, así como la cercanía a finales de año, cuando se procedería el cierre de la hoja registral de la Sociedad, KPMG en Estados Unidos y sus otras oficinas internacionales ya ha avanzado bastante en el trabajo de auditoría de las cuentas anuales de las filiales de la Sociedad y del grupo Alltech. De esta forma, el nombramiento de KPMG como auditor de cuentas de la Sociedad para las cuentas anuales y consolidadas generaría importantes sinergias al poder aprovechar el trabajo de auditoría ya realizado. Este nombramiento posibilitaría la formulación, auditoría y aprobación de las cuentas anuales individuales y consolidadas en el menor tiempo posible y, en cualquier caso, antes del 31 de diciembre de 2018. De este modo, el nombramiento de un auditor de cuentas distinto de KPMG por el Registro Mercantil causaría un grave perjuicio a la Sociedad, habida cuenta de (i) las políticas internas del grupo Alltech; y (ii) que el trabajo de auditoría ya ha sido parcialmente realizado por la firma de auditoría.

Por todo lo anterior, insta del registro mercantil proceda a elevar a la Dirección General de los Registros y del Notariado su solicitud para que, de conformidad con la excepción contenida en el artículo 356 del RRM, nombre a la firma de auditoría «KPMG Auditores, S.L.», con Número de Identificación Fiscal B-8510153 e inscrita en el ROAC con el número S0702 como auditor de cuentas de la sociedad, para la revisión de sus cuentas anuales individuales y consolidadas correspondientes al ejercicio social cerrado a 31 de diciembre de 2017.

IV

Por su parte, el registrador mercantil de Madrid XV, don Ignacio Palacios Gil de Antuñano, emite informe de fecha 12 de diciembre de 2018 del que resulta que «puede entenderse justificada la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor», elevando el expediente a esta Dirección General dadas las facultades discrecionales que el Reglamento del Registro Mercantil (art. 356) confiere a este Centro Directivo para valorar si las circunstancias que se alegan, en cada caso, revisten o no el carácter de especiales. En concreto, informa el citado registrador que:

– Con posterioridad al cierre del ejercicio 2017, la sociedad afectada la sociedad afectada se encuentra obligada a la verificación de las cuentas anuales de dicho ejercido al dejar de reunir, por dejar de reunir por segundo año consecutivo, dos de las circunstancias previstas en el artículo 263 LSC sin haber designado auditor al efecto.

– Conforme a lo previsto en el artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital «Cuando la junta general no hubiera nombrado al auditor antes de que finalice el ejercicio a auditar, debiendo hacerlo, [...] los administradores y cualquier socio podrán solicitar al registrador mercantil del domicilio social la designación de la persona o personas que deban realizar la auditoría».

– Finalmente, que, concurriendo, de un lado la obligación de auditar las cuentas anuales de un ejercicio ya finalizado sin nombramiento previo por la junta general y, de otro, la propuesta de designación de un profesional concreto formulada por la entidad solicitante que pertenece a un grupo de sociedades que consolida sus cuentas, las cuales están siendo auditadas por «KPMG Auditores, S.L.», lo que puede determinar que esta sociedad auditora posea un adecuado conocimiento de las circunstancias contables de la mercantil solicitante y del marco regulatorio de su actividad, puede entenderse justificada la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Visto lo dispuesto en el artículo 42 del Código de Comercio, artículos 263, 264 y 265 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y artículos 350, 355 y 356 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.

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

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

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

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

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

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

2. Del escrito de solicitud a que se refiere el número III de los Hechos resultan las circunstancias por las que procedería la aplicación del procedimiento excepcional de nombramiento, y que no se reiteran por haber sido ya reproducidas en dicho número.

3. Por su parte, el registrador mercantil de Madrid XV, don Ignacio Palacios Gil de Antuñano, emite informe de fecha 12 de diciembre de 2018, del que resulta que «puede entenderse justificada la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor», en los términos que han sido expuestos.

4. A la luz de las consideraciones anteriores, de los hechos expuestos y del informe de fecha 12 de diciembre de 2018 del registrador mercantil de Madrid XV, don Ignacio Palacios Gil de Antuñano, resulta la concurrencia de circunstancias especiales que justifican la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor por cuanto concurren presupuestos reveladores de volumen económico significativo y conveniencia de que la elaboración y auditoría de las cuentas anuales de la sociedad peticionaria del ejercicio 2017 sea hecha por la misma auditora encargada de la revisión de las cuentas anuales del grupo consolidado al que pertenece, lo que determina por la sociedad auditora un adecuado conocimiento de las circunstancias contables de la mercantil solicitante, así como del marco regulatorio de su actividad.

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

En su virtud, esta Dirección General resuelve:

1.º Confirmar la procedencia de la aplicación del procedimiento excepcional previsto en el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil para

la designación de auditor de cuentas de la mercantil «LYONSALL LCC Y CÍA SOCIEDAD EN COMANDITA», a fin de que verifique las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017, al resultar del expediente que en la sociedad solicitante concurren causas que así lo justifican.

2.º Autorizar al registro mercantil de Madrid XV, don Ignacio Palacios Gil de Antuñano, a nombrar a «KPMG AUDITORES, S.L.», con NIF B-8510153 e inscrita en el ROAC con el número S0702 como auditor de cuentas de la sociedad, para la revisión de sus cuentas anuales individuales y consolidadas correspondientes al ejercicio social cerrado a 31 de diciembre de 2017, de conformidad con el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil.

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

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Madrid núm. el registrador mercantil de Madrid XV, don Ignacio Palacios Gil de Antuñano, de fecha 14 de noviembre de 2018.

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

Madrid, 10 de enero de 2019 (4.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 15 de enero de 2019 (1.ª)

En el expediente 170/2018 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Hamburguesas Eizaguirre, S.L.».

HECHOS

I

Don I. E. P. presentó un escrito de fecha 9 de agosto de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Guipúzcoa, en el que tuvo su entrada el día 13 inmediato posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio de «Hamburguesas Eizaguirre, S.L.», el nombramiento de un experto para que proceda a la

determinación del valor razonable de las participaciones como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación.

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

a) Que la junta general de la sociedad celebrada el día 4 de junio de 2018 aprobó las cuentas correspondientes al ejercicio 2016. Del acta notarial de la junta autorizada por el notario de Oiarzún don Iñigo Escales Ainzua resulta que los dos socios que integran la sociedad (el hoy solicitante y doña M. L. P. Z.), se constituyeron en junta general en la fecha señalada. Que tras la aprobación de las cuentas correspondientes al citado ejercicio 2016 se entró en el segundo punto del orden del día relativo a la aplicación del resultado. Que, existiendo beneficios, y tras rechazar la propuesta del hoy solicitante de destinar su integridad a dividendo, la propuesta de la socia mayoritaria y administradora única es que se destine a reservas el setenta por ciento del resultado del ejercicio y a reparto de dividendos el treinta por ciento restante a pagar en dos partes iguales, la primera no más tarde del día 30 de julio de 2018 y la otra no más tarde del día 31 de octubre del mismo año.

Sometida a votación la propuesta fue aprobada con el voto en contra del hoy solicitante quien manifiesta que se reserva su derecho de separación en base al artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital por cuanto no se ha acordado el reparto de un tercio de los beneficios sino únicamente de un treinta por ciento.

Resulta del acta notarial que interviene la socia mayoritaria manifestando que ha expresado erróneamente la forma de aplicar el resultado a la hora de proponer la aplicación del resultado. Que su intención era y es cumplir con la ley y por tanto, aunque ya se ha adoptado formalmente el acuerdo, su voluntad real es y así lo llevará a cabo, que se destine a reservas dos tercios del resultado y el tercio restante a reparto de dividendo a pagar en las fechas ya señaladas.

b) Que el día 2 de julio de 2018 por medio de burofax y el día 3 del mismo mes y año por requerimiento notarial el hoy solicitante notificó a la sociedad el ejercicio del derecho de separación.

c) Que el día 4 de julio de 2018 notificó a la administradora de la sociedad la valoración de sus participaciones sin que haya recibido respuesta.

II

Previo traslado de la solicitud por parte del Registro Mercantil, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: Que con anterioridad de la junta a que se refiere la solicitud y estando presentes las mismas personas se puso de manifiesto que la sociedad destinaria la tercera parte del beneficio a dividendo, conversación que se mantuvo ante el notario. Que, si bien se acepta que se produjo una confusión en el desarrollo de la junta, en el mismo acto e inmediatamente se manifestó y enmendó el error cometido. Que la actuación posterior de la sociedad ha sido congruente con la enmienda. Que el día 5 de julio de 2018, al día siguiente de la junta, la administradora ha recibido una citación judicial para comparecer ante el juzgado de lo penal núm. 2 de San Sebastián como consecuencia de una denuncia interpuesta por el socio minoritario que implica una prejudicialidad penal. Que la sociedad contestó al requerimiento del socio oponiéndose a su pretensión de separación. Que el pago del dividendo se ha satisfecho al socio quien a su vez ha devuelto parte bajo el concepto de devolución por pago en exceso. Que solicita del registrador mercantil la suspensión del procedimiento por prejudicialidad penal.

III

El registrador mercantil de Guipúzcoa núm. 2, don Fernando Canals Brage dictó resolución en fecha 21 de septiembre de 2018 por la que acordó admitir la oposición y resolver la improcedencia del nombramiento del experto solicitado para la determinación del valor razonable de las participaciones de acuerdo con el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil. Fundamenta su decisión, en esencia, en que modificado el acuerdo en el mismo acto de la junta general y, en cualquier caso, antes del efectivo ejercicio del derecho de separación no procede la designación de experto sin que sea el registrador mercantil competente para apreciar cual haya de ser la valoración última de la situación generada en la junta general.

IV

Don I. E. P. por escrito de fecha 19 de septiembre de 2018, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Guipúzcoa, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base, resumidamente, a los siguientes argumentos: Que la competencia del registrador mercantil ha sido reiterada por la Dirección General de los Registros y del Notariado para la resolución de la procedencia o no de la existencia de derecho de separación. Que del acta notarial de la junta resulta que el acuerdo adoptado es el de repartir el 30 por ciento del beneficio social y no un tercio del mismo. Que previamente el solicitante había solicitado el reparto del cien por cien como consecuencia de la que sociedad nunca había repartido beneficio sin que exista motivo alguno para rechazar su propuesta. Que el acuerdo social adoptado es el de reparto de un 30 por ciento del beneficio, acuerdo que no ha sido rectificado ni modificado constando que sólo cuando la socia mayoritaria conoce la reserva de ejercicio del derecho de separación es cuando intenta evitarlo, pero sin que exista ningún otro acuerdo. Que la junta de 4 de junio de 2018 fue convocada a instancia del socio minoritario por el registrador mercantil. Que a pesar de lo anterior resulta del Registro Mercantil que las cuentas del ejercicio 2016 están depositadas en base a un certificado falso de una junta general celebrada el día 30 de junio de 2017 en la que se destinó el beneficio íntegramente a reservas, actuación delictiva que demuestra hasta dónde puede llegar la administradora social. Que se cumplen todos los requisitos legales para el ejercicio del 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 y 11 de junio de 2018.

1. Celebrada junta general de una sociedad de responsabilidad limitada y aprobadas las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016 se procede al debate y votación sobre la aplicación del resultado positivo del ejercicio. De los dos socios que integran el capital social, el minoritario y hoy solicitante propone el reparto en forma de dividendo de la totalidad del beneficio obtenido, propuesta que no es aprobada.

La socia mayoritaria propone que el 70 % se destine a reservas voluntarias y el 30 % restante a dividendo. Se aprueba la propuesta con el voto en contra del hoy solicitante quien, inmediatamente, anuncia su reserva al ejercicio del derecho de separación al no destinarse la tercera parte del beneficio al reparto de dividendo. En el mismo acto y sin solución de continuidad la socia mayoritaria manifiesta que ha cometido un error en su propuesta que pretendía el cumplimiento de la ley de destinar la tercera parte a dicho reparto.

Con posterioridad, el socio minoritario notifica a la sociedad el ejercicio de su derecho de separación y solicita del registrador mercantil el nombramiento de experto a que se refiere el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital, solicitud que es rechazada porque, con independencia de cuál haya de ser la valoración de la conducta de las partes, la modificación del acuerdo se ha producido en el seno de la propia junta general. El interesado recurre en los términos que resultan de los hechos.

2. El recurso no puede prosperar. Esta Dirección General comparte plenamente el sentido de la resolución de registrador mercantil al entender que adoptado el acuerdo sobre la propuesta de aplicación del resultado en los términos expresados y advertido el error inmediatamente manifestando la voluntad de llevar a cabo la aplicación en los términos exigidos por el artículo 348 bis, es absolutamente desproporcionado entender la situación así creada como un supuesto de incumplimiento de las exigencias del precepto.

Es cierto que esta Dirección General ha afirmado que no puede aceptarse como causa de enervación del ejercicio del derecho de separación y de la designación de experto solicitada, que la sociedad haya acordado con posterioridad un reparto de dividendos. Como ya afirmara nuestro Tribunal Supremo *(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.

Siendo cierto lo anterior, la situación que se produce en el supuesto de hecho que da lugar a la presente no es equiparable a la que da lugar a la doctrina expresada. No estamos ante juntas distintas de la misma sociedad sino ante la misma junta que se celebra previa su única convocatoria. Tampoco estamos ante la reacción de una sociedad que, ante el ejercicio del derecho de separación, convoca nueva junta al efecto de modificar lo anteriormente acordado. Pretender equiparar esta situación con la descrita en los hechos y que consta en acta notarial de la que resulta la inmediata reacción de la socia mayoritaria y administradora única para ajustarse al contenido de la Ley no puede recibir el amparo de esta Dirección. Es la propia junta general la que con unidad de acto y antes de que se finalicen sus trabajos lleva a cabo la rectificación de lo acordado a fin de adecuarlo a la legalidad. No existen pues dos acuerdos sino uno solo pues una sola es la junta general celebrada y una sola la voluntad social expresada al final de la misma y plasmada en el acta notarial.

3. El escrito de recurso desenfoca el contenido de la resolución que es plenamente acorde con la doctrina que esta Dirección ha venido elaborando sobre la aplicación del artículo 348 bis en relación con el 353 de la Ley de Sociedades de Capital. El registrador no niega su competencia para determinar la procedencia del derecho de separación; bien al contrario, la ejercita y resuelve su improcedencia. Lo que, si afirma su resolución, y esta Dirección comparte, es que no puede entrar en la valoración de la conducta de las partes ni en cual haya de ser el alcance jurídico que a la misma pueda atribuírsele por ser cuestión reservada a la apreciación de jueces y Tribunales.

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 artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y resoluciones de este Centro en sede de designación de auditores de 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010, entre otras).

En definitiva, no puede entrar esta Dirección a valorar la conducta de las partes implicadas ni determinar en última instancia cual haya de ser la consecuencia jurídica de los hechos expresados más allá de lo hasta ahora expuesto. Por el mismo motivo no procede que esta Dirección se pronuncie sobre la valoración de que las cuentas anuales del ejercicio 2016 ya se encuentren depositadas en el Registro Mercantil ni sobre las afirmaciones relativas a la ausencia de reparto de dividendos en ejercicios anteriores. Todo ello queda fuera del contenido del presente expediente como fuera queda el hecho de que se haya presentado una denuncia ante el juzgado de instrucción hecho que, por sí mismo, no puede dar lugar a la suspensión del procedimiento como resuelve el registrador mercantil (*vide* artículo 10 de la Ley Orgánica 6/1985,

de 1 julio, del Poder Judicial), cuya resolución no ha sido recurrida en este aspecto deviniendo firme en vía administrativa.

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

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Guipúzcoa núm. 2, don Fernando Canals Brage de fecha 21 de septiembre de 2018.

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

Madrid, 15 de enero de 2019 (1.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Guipúzcoa.

Resolución de 15 de enero de 2019 (2.ª)

En el expediente 174/2018 sobre nombramiento de experto a instancia de una socia de «Innovations For Shelter, S.L.».

HECHOS

I

Doña M. V. O. V., presentó un escrito de fecha 28 de agosto de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día inmediato siguiente, en el que solicitó, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socia de

«Innovations For Shelter, S.L.», el nombramiento de un experto para que proceda a la determinación del valor razonable de las participaciones como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación.

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

a) Que la sociedad celebró junta general el día 29 de junio de 2018. Del acta notarial autorizada en la misma fecha por la notaria de Valdemorillo doña Mónica Castro Valdivia resulta que la junta se celebra en la fecha señalada con la asistencia de tres socios que integran el cien por cien del capital social. Resulta que aprobadas por mayoría las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017 se procede a la discusión del punto del orden del día relativo a la propuesta de aplicación del resultado que, según el administrador, ha tenido resultado negativo por lo que no existe resultado a distribuir. Aprobado lo anterior, se solicita por dos socios, entre los que se encuentra la hoy solicitante, el reparto de dividendo con cargo a reservas a lo que el socio mayoritario responde que es imposible por la inexistencia de tesorería.

De la cuenta de pérdidas y ganancias de la sociedad resulta, para el ejercicio 2017, un resultado negativo de 54.164,77.

b) Que se notificó a la sociedad el ejercicio del derecho de separación por medio de burofax el día 28 de julio de 2018 con una propuesta de valoración.

II

Previo traslado de la solicitud por parte del Registro Mercantil, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: Que la socia se arroga un porcentaje de capital inexistente pues de las 1950 participaciones que afirma ostenta 1700 tienen carácter ganancial con el socio mayoritario al que le une un vínculo matrimonial vigente. Que con independencia de lo anterior no se da el presupuesto del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital porque han existido pérdidas en el ejercicio. Que va a resulta imposible proceder a la valoración de las participaciones porque el porcentaje de las mismas que ostenta es una cuestión controvertida, que va a estar *sub iudice* en el inminente procedimiento de divorcio. Que la socia ha ejercitado su derecho de forma extemporánea por cuanto si bien es cierto que remitió un burofax el día 28 de julio no lo es menos que no fue con plenitud de efectos hasta el día 28 de agosto cuando solicitó el nombramiento de experto independiente.

III

El registrador mercantil de Madrid núm. 10, don Jesús González Salinas dictó resolución en fecha 19 de septiembre de 2018 por la que acordó admitir la oposición y resolver la improcedencia del nombramiento del experto solicitado para la determinación del valor razonable de las participaciones de acuerdo con el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil al no resultar un beneficio repartible en el ejercicio a que se refiere la solicitud.

IV

Doña M. V. O. V., por escrito que tuvo entrada el 26 de octubre 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 la sociedad, de naturaleza fami-

liar, se integra por el administrador único, esposo actualmente de la recurrente, por esta y por su hermano. Que en junta celebrada el día 30 de octubre de 2017 la destituyo de su cargo de administradora solidaria sin que se cumpliese la necesaria mayoría. Que abusando de su cargo ha designado un auditor voluntario para evitar la designación del artículo 265.2. Que en la junta de 29 de junio de 2018 ella misma y su hermano votaron contra la gestión del administrador único por haber enajenado un inmueble sin contar con el resto de socios. Que también votaron en contra de la aplicación del resultado por ser el resultado del ejercicio 2017 positivo a su juicio. Que de acuerdo al artículo 3 del Código Civil la resolución impugnada no es conforme a derecho porque aplica el artículo 348 bis al pie de la letra y no en su verdadero espíritu. Que, aunque lo niegue el administrador existe tesorería, existen reservas y el resultado de explotación es positivo como lo es el resultado antes de impuestos. Que el cambio de criterio contable en la valoración de activos y pasivos no ha sido aprobado por el resto de los socios y es el que provoca que no se puedan repartir beneficios. Que de todo lo anterior resulta que si existen beneficios de explotación. Que del artículo 273 de la Ley de Sociedades de Capital resulta que el reparto del dividendo se condiciona exclusivamente a que queden cubiertas las atenciones legales y a que el valor del patrimonio neto no resulte ser inferior al capital social por lo que si se dan dichas circunstancias la sociedad no puede negar el reparto que deberá, en su caso, cubrirse con las reservas libres. Que de no interpretarse adecuadamente el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital su aplicación queda en nada pues por aplicación de técnicas contables no se produciría el reparto de beneficios a pesar de existir un importante patrimonio y por decisión unilateral del administrador único. Que de seguirse así durante varios ejercicios se priva al socio de los derechos que la ley le reconoce. Que durante el ejercicio 2016 hubo beneficios porque el administrador no temía ser objeto de denuncia y sin embargo durante el ejercicio 2017 se aparecen pérdidas. Que en definitiva el artículo 348 bis debe aplicarse cuando la sociedad se niega al reparto de dividendos.

V

El día 22 de noviembre de 2018 tiene entrada en el Ministerio de Justicia escrito de la recurrente al que acompaña nueva documentación en relación al recurso a que se refiere el apartado anterior. Al escrito se acompaña, en primer lugar, copia del acta de la junta celebrada el día 30 de octubre de 2017 de la que resulta la destitución del órgano de administración por mayoría simple y elección del actual administrador cuando de los estatutos resulta la exigencia de dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones sociales para poder llevar a cabo la destitución.

Que se acompaña igualmente copia de su solicitud realizada el día 15 de noviembre para la designación de auditor de la sociedad al amparo de la previsión del art. 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

Que se acompaña copia de notas simples de dos inmuebles de la sociedad que han sido ilegítimamente vendidos por el administrador.

Que en base a lo anterior solicita la admisión de los documentos mencionados, que se estime su solicitud de designación de experto independiente y que se ordene anotación preventiva al Registro Mercantil respecto del cese de la administradora solidaria, la recurrente, y respecto de la invalidez de la inscripción *(sic)*, de las cuentas de los ejercicios 2016 y 2017 habida cuenta que las de 2016 no están aprobadas ni se ha celebrado junta ni, en consecuencia, las siguientes por las continuas irregularidades que se están llevando en la sociedad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; artículos 346, 348, 348 bis, 349 y 353 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital; y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil; las sentencias del Tribunal Supremo 32/2006, de 23 de enero y 63/2011, de 28 de febrero; y las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de enero de 2011, 4 de febrero de 2013, 25 de julio, 17 de septiembre y 3 de noviembre de 2014, 21 de enero y 14 de mayo de 2015, 20 de septiembre, 23 de octubre, 16, 27 y 28 de noviembre, 4, 11, 22 y 28 de diciembre de 2017, 8, 16, 22, 26 y 31 de enero y 1, 7, 12, las tres del día 13, las tres del día 22, 28 de febrero, 26 de marzo, 9 de abril, 4, 16 y 22 de mayo y 11 de junio de 2018.

1. Celebrada junta general de una sociedad de responsabilidad limitada y aprobadas las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017 se pasa a discutir sobre el siguiente punto del orden del día relativo a la propuesta de aplicación del resultado. El administrador único advierte de que el resultado del ejercicio ha sido negativo por lo que no existe beneficio repartible. Solicitado del registrador mercantil el nombramiento de experto independiente es desestimado por dicho motivo. La interesada recurre en los términos que resultan de los hechos.

2. El recurso no puede prosperar pues ninguno de los motivos en que se fundamenta consigue enervar la resolución del registrador mercantil.

El artículo 34.1 del Código de Comercio establece lo siguiente: «Al cierre del ejercicio, el empresario deberá formular las cuentas anuales de su empresa, que comprenderán el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, un estado que refleje los cambios en el patrimonio neto del ejercicio, un estado de flujos de efectivo y la Memoria. Estos documentos forman una unidad...» Más adelante, el artículo 35.2 afirma que: «La cuenta de pérdidas y ganancias recogerá el resultado del ejercicio…».

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

distribución de beneficios a menos que el importe de las reservas disponibles sea, como mínimo, igual al importe de los gastos de investigación y desarrollo que figuren en el activo del balance.»

De la regulación legal expuesta resulta, sin asomo de duda, que la decisión sobre el reparto del resultado sólo puede hacerse previa aprobación de la cuenta de resultados que, a su vez, y por formar parte de las cuentas anuales debe ser objeto de aprobación junto al resto de documentos que las integran. Como indudablemente resulta del contenido del artículo 348 bis del mismo texto legal sólo cabe ejercicio del derecho de separación cuando existan beneficios de conformidad con las cuentas aprobadas y como resulta del artículo 273 en su inciso inicial, la aplicación del resultado ha de hacerse de conformidad con el balance aprobado, entre cuyas partidas se encuentra el resultado del ejercicio.

Pretender la existencia del derecho de separación al amparo del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital haciendo una interpretación particular del contenido de las cuentas anuales aprobadas y de su cuenta de pérdidas y ganancias prescindiendo del resultado negativo obtenido no puede encontrar el amparo de esta Dirección General. La recurrente pretende el ejercicio del derecho de separación porque entiende que existiendo beneficio de explotación y reservas libres es forzosa la distribución de dividendo en contra del patente contenido de las normas que reserva al órgano de administración la elaboración de la propuesta de aplicación del resultado en función del contenido de las propias cuentas anuales.

3. Es doctrina de esta Dirección General (Resoluciones de 16 y 28 de noviembre, 11 de diciembre de 2017 y de 22 enero, 7 y 22 de febrero, 26 de marzo y 6 de junio de 2018), que, como resulta de la dicción del artículo 348 bis es presupuesto básico de existencia del derecho de separación que la junta general haya tomado la decisión de no repartir dividendo de al menos «un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior, que sean legalmente repartibles.» El beneficio pues no sólo ha de ser legalmente repartible (*vide* arts. 273 y 326 de la Ley de Sociedades de Capital), sino que ha de proceder de la explotación del objeto social.

En el expediente que da lugar a la presente y en esta vía de recurso, la recurrente pretende prescindir del contenido de las cuentas aprobadas, incluida su cuenta de pérdidas y ganancias, para tomando sólo la parte que le resulta de interés, considerar que existe un beneficio repartible pese al resultado negativo del ejercicio.

El concepto de lo que debe considerarse como beneficio propio de la explotación ha sido debidamente tratado por la sentencia número 81/2015 de 26 marzo, de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección15.ª), cuyo criterio, que esta Dirección debe aplicar, es el siguiente: «La doctrina, al analizar el artículo 348 bis, considera que para determinar el "beneficio propio de la explotación del objeto social" habrá que excluir los "beneficios extraordina-

rios o atípicos", valorando a tal efecto la interpretación que se venía haciendo del artículo 128 de la LSC y la justificación de la enmienda que modificó la Ley. Compartimos ese criterio, que también es aceptado por las partes, por lo que para fijar la base de reparto de la que se obtiene el tercio legal habrá que partir del resultado del ejercicio y depurarlo mediante la eliminación de los beneficios extraordinarios. A partir de ahí, no podemos compartir el criterio de la demandada, acogido sustancialmente por la sentencia apelada, que identifica "beneficio propio de la explotación del objeto social" con el beneficio que una compañía obtiene con su actividad ordinaria, esto es, con la que define el objeto social. Según LAMIR S. A. hay que adentrase en la sustancia económica de cada operación: beneficio ordinario será aquel que procede de operaciones vinculadas al objeto social y beneficio extraordinario el obtenido con operaciones ajenas o extrañas al mismo. Sólo los primeros, al entender de la demandada, han de ponderar para determinar "beneficio propio de la explotación del objeto social" Además, el círculo se cierra, a nuestro modo de ver de forma incorrecta, cuando se constriñe el objeto de la sociedad a la actividad explicitada en los estatutos, con exclusión de otras que contribuyen a la consecución del fin social, como pueden ser los ingresos financieros. Si nos guiáramos exclusivamente con criterios funcionales o materiales, sería preciso analizar todos y cada uno de los ingresos y gastos de la sociedad, para dilucidar si podemos calificarlos como típicamente "ordinarios", lo que generaría incertidumbre e inseguridad jurídica. No bastaría, en este caso, con escrutar las tres partidas de ingresos identificadas por la demandada. Ciertamente, no podemos estar a un concepto estrictamente contable de "beneficio propio de la explotación del objeto social", dado que como tal no está contemplado en la normativa contable. Es más, el vigente Plan General de Contabilidad, aprobado por el Real Decreto 1514/2007 (RCL 2007, 2098 y 2386), tampoco reconoce la categoría de "resultados extraordinarios", pues sólo distingue entre "resultados de explotación" y "resultados financieros". Ello, no obstante, no podemos prescindir por completo de los criterios contables, en la medida que la base de reparto se determina a partir de lo que resulte de las cuentas anuales aprobadas en junta general y las partidas excluidas por LAMIRSA, al igual que el beneficio del ejercicio 2011, se extraen directamente de la cuenta de pérdidas y ganancias. En consecuencia, entendemos que el Plan General de Contabilidad nos aporta los parámetros fundamentales que nos aproximan al concepto de "beneficio propio de la explotación del objeto social", dado que sí define qué ha de entenderse por "beneficio" o "ingreso extraordinario". De este modo, el PGC de 1990, aprobado por el Real Decreto 1643/1990 (RCL 1990, 2682 y RCL 1991, 676) –el art. 348 bis tiene como precedente normas redactadas cuando dicho Plan estaba en vigor–, definía "ingresos extraordinarios" como aquellos "beneficios o ingresos de cuantía significativa que no deban considerarse periódicos al evaluar los resultados futuros de la empresa", añadiendo que "como regla general un beneficio o ingreso se considerará extraordinario únicamente si se origina por hechos o transacciones

que, teniendo en cuenta el sector de la actividad en que opera la empresa, cumple las condiciones siguientes: (i) caen fuera de la actividades ordinarias y típicas de la empresa y (ii) no se espera, razonablemente, que ocurran con frecuencia". El nuevo PGC, aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por su parte, contempla, en sustitución de los ingresos extraordinarios, la cuenta correspondiente a "ingresos excepcionales", que son definidos como "beneficios e ingresos de carácter excepcional y cuantía significativa", encontrándose entre ellos "los precedentes de aquellos créditos que en su día fueron amortizados por insolvencias firmes". En definitiva, que el ingreso sea ajeno a la actividad típica de la empresa es una condición necesaria para que pueda ser considerado "beneficio extraordinario". No es, sin embargo, un requisito suficiente ni la condición principal, pues tendrá que ser de cuantía significativa, en relación con el importe neto de la cifra de negocio, y tener su origen en operaciones que no se produzcan con frecuencia.»

Este es el marco conceptual en el que debe tomar el registrador mercantil su decisión en caso de que las partes no estén de acuerdo en la concurrencia del requisito exigido por el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital; marco que parte de la existencia de un beneficio en el ejercicio resultante de la cuenta de pérdidas y ganancias y del que, en su caso, se han de restar aquellos beneficios que merezcan la cualidad de excepcionales a fin de determinar el beneficio repartible pero que, en ningún caso, permite prescindir del contenido de la cuenta de resultado.

Si, como en el caso presente, lo que ocurre es que un socio considera que las cuentas han sido erróneamente formuladas o que el informe de verificación no está debidamente realizado lo que procede es que acuda al órgano jurisdiccional competente a fin de impugnar el contenido de aquellas en el procedimiento correspondiente, con plenitud de pruebas y en el que cada parte ostente la posición de defensa de su posición contemplada por el ordenamiento jurídico. Lo que no puede pretender es que esta Dirección ampare su posición prescindiendo pura y simplemente del contenido de las cuentas anuales aprobadas en junta general y en beneficio exclusivamente de su postura.

4. Por las mismas causas han de rechazarse el resto de motivos que contiene el escrito de recurso.

Con carácter expreso establece el artículo 363.1 del Reglamento del Registro Mercantil: «El nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil del domicilio social para la determinación del valor real de las acciones o participaciones en los casos establecidos por la Ley se efectuará a solicitud del interesado, de conformidad con lo previsto en los artículos 351 y siguientes.», refiriéndose los preceptos a que se remite a la solicitud de designación de auditor por parte del registrador mercantil.

El procedimiento registral contemplado en los citados artículos se caracteriza por lo limitado de su ámbito 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 artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y resoluciones de este Centro en sede de designación de auditores de 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010, entre otras).

No es en consecuencia relevante a los efectos de la presente cuales hayan sido los motivos que hayan movido a la solicitante a votar en contra de la gestión del órgano de administración o en contra de la aprobación de las cuentas anuales o cual haya sido la motivación para que las cuentas anuales aprobadas se hayan formulado de una u otra forma en relación con ejercicios anteriores como no lo es cual haya sido la motivación para la designación de un concreto auditor de cuentas. Todas ellas son cuestiones ajenas por completo al objeto de la presente al ser lo único relevante el hecho acreditado de que existen cuentas aprobadas por la junta general y que de las mismas no resulta beneficio. Cualquier otra cuestión deberá ser ventilada ante el órgano jurisdiccional competente.

Por estas mismas causas no puede esta Dirección General amparar la solicitud contenida en el escrito adicional traído al expediente por la recurrente en fecha 22 de noviembre ya que pretende que esta Dirección se pronuncie, en el ámbito de este expediente, sobre cuestiones completamente ajenas a su objeto. No puede en definitiva existir un pronunciamiento de este órgano de la Administración sobre la validez o no del nombramiento del administrador único vigente o de las cuentas correspondientes a diversos ejercicios como no puede existir una orden de anotación preventiva al Registro Mercantil por tratarse de una medida cautelar cuya adopción corresponde en exclusiva al órgano jurisdiccional competente (arts. 721, 723, 727 y 735 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 155 y 157 del reglamento del registro Mercantil).

Si la parte recurrente considera que la actuación de la sociedad incurre en nulidad, fraude de Ley, en abuso de Derecho o entiende que su situación jurídica no es debidamente respetada tiene abierta la vía jurisdiccional para que en un procedimiento plenario, con audiencia de las personas interesadas y con plenitud de medios de prueba alegue lo que estime oportuno en su defensa (*vide* arts. 9 y 22 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial en relación al artículo 236 de la Ley de Sociedades de Capital), sin perjuicio de cualquier otra acción que pudiera corresponderle. Lo que no puede preten-

der es que esta Dirección General asuma la defensa de su posición jurídica en un procedimiento, como el presente, limitado tanto por su materia como por sus medios de conocimiento.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid núm. 10, don Jesús González Salinas de fecha 19 de septiembre de 2018.

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

Madrid, 15 de enero de 2019 (2.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 16 de enero de 2019 (1.ª)

En el expediente 188/2018 sobre nombramiento de auditor excepcional a instancia de la sociedad «Noatum Port Holdings, S.L.».

HECHOS

I

Por escrito de fecha 19 de diciembre de 2018, con entrada en este Ministerio el día 21 de diciembre, el registrador mercantil de Madrid XV, don Francisco J. Salvador Campdera, de conformidad con lo establecido en el artículo 356.1 del Reglamento del Registro Mercantil, remite a esta Dirección General expediente en relación con el nombramiento de auditor solicitado para el ejercicio 2017 de la sociedad «Noatum Port Holdings, S.L.», a los efectos previstos en el citado artículo 356.1 del Reglamento del Registro Mercantil. El escrito remitido incluye el informe exigido a los efectos de lo dispuesto en el artículo 356 del citado Reglamento.

II

Forman parte de dicho expediente la solicitud inicial de nombramiento de auditor de cuentas al amparo del artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 del Reglamento del Registro Mercantil, dirigida al registro mercantil de Madrid, de fecha 30 de

noviembre de 2018, formulada por ……, en nombre y representación de la mercantil solicitante, derivando su legitimación de apoderamiento especial otorgado a su favor por acuerdo del Consejo de Administración de la sociedad «Noatum Port Holdings, S.L.» de fecha 19 de octubre de 2018, así como el informe de fecha 19 de diciembre de 2018 del registrador mercantil de Madrid XV, don Francisco J. Salvador Campdera, del que resulta que puede entenderse justificada la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor y elevando el expediente a esta Dirección General.

III

De la solicitud inicial de nombramiento de auditor de fecha 30 de noviembre de 2018, dirigida al registro mercantil de Madrid, formulada por ……, en nombre y representación de la mercantil solicitante, como apoderado especial según lo señalado, al amparo del artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 del Reglamento del Registro Mercantil, en especial el artículo 356 del expresado Reglamento, y según manifiesta el interesado, resulta, en esencia:

1.º Que la citada sociedad, está obligada a la verificación de las cuentas anuales y del informe de gestión consolidados por auditor de cuentas. A estos efectos, por medio de acta de la junta de fecha 24 de noviembre de 2017, la sociedad acordó nombrar a.» «Pricewaterhousecoopers Auditores, S.L.» como auditor de las cuentas consolidadas del grupo de sociedades del que la sociedad es sociedad dominante para los ejercicios 2017, 2018 y 2019, inscripción núm. 40 de la hoja de la sociedad, Tomo 36.330, Folio 198, Hoja M-01080.

2.º Transcurrido el ejercicio 2017, y en el curso de la auditoría de las cuentas anuales de dicho ejercicio, se ha constatado el cumplimiento de los requisitos en virtud de los cuales deviene obligatoria la auditoría de las cuentas anuales e informe de gestión individuales.

3.º Que dado que «Pricewaterhousecoopers Auditores, S.L.».» ya ha sido designado como auditor de la sociedad para las cuentas anuales y del informe de gestión consolidados del ejercicio 2017, resulta pertinente su nombramiento como auditor en relación con las cuentas anuales individuales, de modo que el informe de auditoría resultante sea consistente con el correspondiente a las cuentas anuales consolidadas. En este sentido, «Pricewaterhousecoopers Auditores, S.L.» ya ha confirmado a la sociedad que en caso de producirse dicha designación aceptará el cargo.

4.º Que ha finalizado el ejercicio a auditar y no ha sido nombrado auditor para las cuentas anuales individuales de la sociedad correspondientes a dicho ejercicio por el socio único.

Por todo lo anterior, insta del registro mercantil proceda a elevar a la Dirección General de los Registros y del Notariado su solicitud para que, de conformidad con la excepción contenida en el artículo 356 del RRM, nombre a la firma de auditoría «Pricewaterhousecoopers Auditores, S.L.» como auditor de cuentas de la sociedad, para la revisión de sus cuentas anuales individuales correspondientes al ejercicio social cerrado a 31 de diciembre de 2017.

IV

Por su parte, el registrador mercantil de Madrid XV, don Francisco J. Salvador Campdera, emite informe de fecha 19 de diciembre de 2018 del que resulta que «puede entenderse justificada la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor», elevando el expediente a esta Dirección General dadas las facultades discrecionales que el

Reglamento del Registro Mercantil (art. 356) confiere a este Centro Directivo para valorar si las circunstancias que se alegan, en cada caso, revisten o no el carácter de especiales. En concreto, informa el citado registrador que:

– Con posterioridad al cierre del ejercicio 2017, la sociedad afectada la sociedad afectada se encuentra obligada a la verificación de las cuentas anuales de dicho ejercido al dejar de reunir, por segundo año consecutivo, dos de las circunstancias previstas en el artículo 263 LSC sin haber designado auditor al efecto.

– Conforme a lo previsto en el artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital «Cuando la junta general no hubiera nombrado al auditor antes de que finalice el ejercicio a auditar, debiendo hacerlo, [...] los administradores y cualquier socio podrán solicitar al registrador mercantil del domicilio social la designación de la persona o personas que deban realizar la auditoría».

– Finalmente, que, concurriendo, de un lado la obligación de auditar las cuentas anuales de un ejercicio ya finalizado sin nombramiento previo por la junta general y, de otro, la propuesta de designación de un profesional concreto formulada por la entidad solicitante que está legalmente obligada a formular cuentas anuales consolidadas, las cuales están siendo auditadas por «Pricewaterhousecoopers Auditores, S.L.», lo que puede determinar que esta sociedad auditora posea un adecuado conocimiento de las circunstancias contables de la mercantil solicitante y del marco regulatorio de su actividad, puede entenderse justificada la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Visto lo dispuesto en el artículo 42 del Código de Comercio, artículos 263, 264 y 265 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y artículos 350, 355 y 356 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.

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

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

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

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

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

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

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

2. Del escrito de solicitud a que se refiere el número III de los Hechos resultan las circunstancias por las que procedería la aplicación del procedimiento excepcional de nombramiento, y que no se reiteran por haber sido ya reproducidas en dicho número.

3. Por su parte, el registrador mercantil de Madrid XV, don Francisco J. Salvador Campdera, emite informe de fecha 19 de diciembre de 2018, del que

resulta que «puede entenderse justificada la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor», en los términos que han sido expuestos.

4. A la luz de las consideraciones anteriores, de los hechos expuestos y del informe de fecha 19 de diciembre de 2018 del registrador mercantil de Madrid XV, don Francisco J. Salvador Campdera, resulta la concurrencia de circunstancias especiales que justifican la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor por cuanto concurren presupuestos reveladores de volumen económico significativo y conveniencia de que la elaboración y auditoría de las cuentas anuales de la sociedad peticionaria del ejercicio 2017 sea hecha por la misma auditora encargada de la revisión de las cuentas anuales del grupo consolidado al que pertenece, del cual la mercantil solicitante es sociedad dominante, lo que determina por la sociedad auditora un adecuado conocimiento de las circunstancias contables de la mercantil solicitante, así como del marco regulatorio de su actividad.

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

En su virtud, esta Dirección General resuelve:

1.º Confirmar la procedencia de la aplicación del procedimiento excepcional previsto en el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil para la designación de auditor de cuentas de la mercantil «Noatum Port Holdings, S.L.», a fin de que verifique las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017, al resultar del expediente que en la sociedad solicitante concurren causas que así lo justifican.

2.º Autorizar al registrador mercantil de Madrid XV, don Francisco J. Salvador Campdera, a nombrar a «Pricewaterhousecoopers Auditores, 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 sociedad, para la revisión de sus cuentas anuales individuales correspondientes al ejercicio social cerrado a 31 de diciembre de 2017, de conformidad con el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil.

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

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Madrid XV, don Francisco J. Salvador Campdera.

Lo 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, 16 de enero de 2019 (1.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 16 de enero de 2019 (2.ª)

En el expediente 187/2018 sobre nombramiento de auditor por concurrir circunstancias extraordinarias a instancia de la sociedad «Job Digital Networks, S.L.».

HECHOS

I

Por resolución de fecha 14 de diciembre de 2018, con entrada en este Ministerio el día 17 del mismo mes, el registrador mercantil de Barcelona VIII, don Nicolás Nogales Colmenarejo, de conformidad con lo establecido en el artículo 356.1 del Reglamento del Registro Mercantil, remite a esta Dirección General expediente en relación con el nombramiento de auditor solicitado para las cuentas consolidadas del ejercicio 2017 de la sociedad «Job Digital Networks, S.L.» concurriendo circunstancias excepcionales previstas en el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil.

II

Forman parte de dicho expediente la solicitud inicial de nombramiento de auditor de fecha 18 de octubre de 2018, formulada por don ……, en su condición de Consejero Delegado de la sociedad «Job Digital Networks, S.L.» y que fue presentada en el registro mercantil de Barcelona el 25 de octubre de 2018, el requerimiento del registrador mercantil de Barcelona VIII, don Nicolás Nogales Colmenarejo a los efectos de aclarar por el solicitante determinados extremos en relación con su petición inicial, el escrito del interesado de fecha 3 de diciembre de 2018 a la vista del anterior requerimiento, así como la resolución de fecha 14 de diciembre de 2018 del registrador mercantil de Barcelona VIII, don Nicolás Nogales Colmenarejo, resolviendo sobre la procedencia de tal nombramiento y elevando el expediente a esta Dirección General.

III

De la solicitud de nombramiento de auditor conforme al artículo 356 de Reglamento del Registro Mercantil de fecha 18 de octubre de 2018 formulada por don ……, en su condición de Consejero Delegado de la sociedad «Job Digital Networks, S.L.», así como de su escrito aclaratorio de fecha 3 de diciembre de 2018, y según manifiesta el interesado, resulta, en esencia, que:

1.º En el ejercicio 2015, la sociedad nombró voluntariamente como auditores a «BDO Auditores, S.L.P., sin que dicho nombramiento haya sido inscrito en el registro mercantil hasta la fecha.

2.º Por su parte, «BDO Auditores, S.L.P., ha auditado las cuentas anuales simplificadas y consolidadas de la sociedad desde el ejercicio 2015 hasta 2017, todos inclusive.

3.º Tras finalizar el cierre del ejercicio 2017 la sociedad ha detectado que, dada su condición de sociedad matriz de un grupo societario compuesto por varias filiales, en dicho ejercicio no concurrían las circunstancias para eximirse de la obligación de auditar sus cuentas anuales; y, a pesar de ello, dado que no pudo estimar correctamente el volumen de facturación, la sociedad no procedió a nombrar auditor de cuentas en dicho ejercicio, como resultaba preceptivo de conformidad con lo previsto en el artículo 350 del Reglamento del Registro Mercantil.

4.º Sin perjuicio de lo anterior, la sociedad está interesada en que se nombre a «BDO Auditores, S.L.P., como auditor a los efectos de revisión obligatoria de las cuentas anuales correspondientes al citado ejercicio 2017, al considerar que concurren circunstancias especiales para que dicha designación pueda llevarse a efecto con arreglo a lo previsto en el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil, teniendo en cuenta que: a) la sociedad cuenta con un volumen económico mayor al que había estimado; b) la auditoría ya ha sido realizada por «BDO Auditores, S.L.P., designada por la sociedad durante varios años atrás, aun no estando obligada a hacerla, la cual conoce la contabilidad, situación económica y evolución de la empresa; y e) la auditoría del ejercicio económico 2017 ya ha sido elaborada por dicha empresa.

5.º En virtud de lo anterior, y en atención a las especiales circunstancias de la sociedad, esto es, (i) que la sociedad en el ejercicio 2017 estaba obligada a nombrar auditor de cuentas por cumplir las circunstancias para ello, sin que haya procedido al nombramiento formal e inscripción ante el registro mercantil por error; y (ii) que la auditoría de dicho ejercicio ya ha sido efectivamente realizada por «BDO Auditores, S.L.P., aun no constando inscrito su cargo en el registro mercantil, habiendo sido aprobadas dichas cuentas anuales simplificadas y consolidadas mediante acuerdo de la junta general en fecha 29 de junio de 2018, considera el solicitante que concurren circunstancias especiales para que el registrador mercantil pueda solicitar de la Dirección General de Registros y del Notariado la designación de «BDO Auditores, S.L.P., como auditor de cuentas de la sociedad para el ejercicio 2017.

IV

Por su parte, el registrador mercantil de Barcelona VIII, don Nicolás Nogales Colmenarejo, resolvió con fecha 14 de diciembre de 2018 sobre la procedencia de tal nombramiento y elevó el expediente a esta Dirección General. En concreto, resuelve que procede el nombramiento de auditor solicitado para las cuentas consolidadas del ejercicio 2017 de la socie-

dad en cuestión concurriendo las siguientes circunstancias excepcionales previstas en el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil:

1.º Presupuestos reveladores de volumen económico significativo.

2.º La manifestación realizada por el promotor del expediente, así como el principio de prueba que resulta de los datos obrantes en el Registro, relativos a que la auditoría de las cuentas anuales de la sociedad peticionaria desde el ejercicio 2015 hasta la fecha, ha sido realizada por la firma auditora «BDO Auditores, S.L.P., lo que determinaría por la sociedad auditora un adecuado conocimiento de las circunstancias contables de la mercantil solicitante; y pudiendo resultar innecesario y económicamente injustificado el nombramiento de un nuevo auditor para llevar a cabo el mismo cometido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

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

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

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

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

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

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

2. Del escrito de solicitud a que se refiere el número III de los Hechos resultan las circunstancias por las que se solicita la aplicación del procedimiento excepcional de nombramiento, entre las que destaca que la sociedad en el ejercicio 2017 estaba obligada a nombrar auditor de cuentas por cumplir las circunstancias para ello, sin que haya procedido al nombramiento formal e inscripción ante el registro mercantil por error, y que la auditoría de dicho ejercicio ya ha sido efectivamente realizada por «BDO ADITORES, S.L.P.» aun no constando inscrito su cargo en el registro mercantil, habiendo sido aprobadas dichas cuentas anuales simplificadas y consolidadas mediante acuerdo de la junta general en fecha 29 de junio de 2018.

3. Por su parte, el registrador mercantil de Barcelona VIII, don Nicolás Nogales Colmenarejo, resolvió con fecha 14 de diciembre de 2018 sobre la procedencia de tal nombramiento, en los términos que han sido expuestos.

4. A la luz de las consideraciones anteriores, de los hechos expuestos y de la resolución del registrador mercantil de Barcelona VIII, don Nicolás Nogales Colmenarejo, de fecha 14 de diciembre de 2018, resulta la concurrencia de circunstancias especiales que justifican la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor por cuanto concurren presupuestos reveladores de la conveniencia de que la elaboración y auditoría de las cuentas anuales de la sociedad peticionaria del ejercicio 2017 sea hecha por la misma auditora que ha sido nombrada para los ejercicios 2015 a 2017 y ha llevado a cabo ya la auditoría voluntaria de las cuentas anuales individuales

de los ejercicios cerrados desde 2015 a la fecha de la solicitud, lo que determina por la sociedad auditora un adecuado conocimiento de las circunstancias contables de la mercantil solicitante, ello unido a la concurrencia de presupuestos reveladores de volumen económico significativo, según resulta de la resolución registral en relación con los ejercicios 2015 y 2016, 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 «Job Digital Networks, S.L.»,, a fin de que verifique las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017, al resultar del expediente que en la sociedad solicitante concurren causas que así lo justifican.

2.º Autorizar al registro mercantil de Barcelona VIII al nombramiento de la mercantil «BDO Auditores, S.L.P.,.», con inscripción en el ROAC número S1273 –según resulta del expediente–, como auditor de las cuentas anuales de la sociedad correspondientes al ejercicio 2017, de conformidad con el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil.

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

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Barcelona VIII, don Nicolás Nogales Colmenarejo.

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

Madrid, 16 de enero de 2019 (2.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Barcelona.

Resolución de 24 de enero de 2019

En el expediente 182/2018 sobre nombramiento de experto a instancia de socios de «Industrial Entenza, S.A.»

HECHOS

Don J. A. G. V., letrado, actuando en representación de don A. C. G. y doña A. L. G. presentó un escrito de fecha 10 de septiembre de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, en el que tuvo su entrada el día 20 posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socios sus representados de «Industrial Entenza, S.A.», el nombramiento de un experto para que proceda a la determinación del valor razonable de las acciones como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación.

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

a) Que la junta general de la sociedad se celebró el día 26 de junio de 2018 previa su convocatoria judicial. Del acta notarial autorizada el día 25 de junio de 2018 por el notario de Hospilatet de Llobregat y de su diligencia de fecha 26 de junio resulta que la junta se constituyó con asistencia de socios que representaban el 95,50 % del capital social. Consta igualmente que tras la aprobación por voto mayoritario de las cuentas correspondientes al ejercicio 2016 se entró en el punto del orden del día relativo a la propuesta de aplicación del resultado. La propuesta del órgano de administración es que el beneficio obtenido, que asciende a la cantidad de 17.632,89 euros se destine en su integridad a la compensación de pérdidas de ejercicios anteriores siendo aprobada por mayoría de votos. Consta igualmente que, tras la votación de los puntos del orden del día (que incluyen, además de los dos mencionados el relativo a la aprobación de la gestión social), la representante de los ahora solicitantes que el reparto del beneficio se haga de conformidad con el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

De las cuentas correspondientes al ejercicio 2016, debidamente auditadas, resulta que la sociedad cuenta con un capital social de sesenta mil ciento diez euros (60.110 E), un patrimonio neto de un millón ciento treinta y cuatro mil setenta euros con cuarenta y nueve céntimos (1.134.070, 49 E), con unas reservas de un millón ciento veintinueve mil setecientos ochenta y nueve euros con cuarenta y tres céntimos (1.129.789,43 E), y con un resultado de ejercicio anteriores de menos setenta y tres mil cuatrocientos sesenta y un euros con ochenta y tres céntimos (73.461,83 E).

b) Por medio de burofax de fecha 12 de julio de 2018 los ahora solicitantes notificaron a la sociedad el ejercicio de su derecho de separación al amparo del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital proponiendo una valoración por las acciones de que son titulares.

c) La sociedad contestó mediante burofax de fecha 6 de agosto de 2018 en el que negó el ejercicio del derecho de separación, así corno la valoración propuesta.

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 formaron parte del órgano de

administración hasta el día 5 de septiembre de 2016. Que el estado contable del ejercicio 2016 es el que consta en las cuentas anuales (que se ha hecho constar en los hechos anteriores) y que las cuentas del ejercicio 2017, con un resultado de pérdidas, se han aprobado en la junta general celebrada el día 5 de septiembre de 2018. Que en la junta que resulta del acta notarial y que se celebró el día 26 de junio de 2018 actuó como secretaria doña A. C. T. quien no es socia de la sociedad. Que, en relación a la solicitud, los ahora solicitantes se limitaron a votar en contra de la propuesta de aplicación del resultado. Que después del punto del orden del día relativo a la gestión social es cuando la citada doña A. C. T. y no los solicitantes (que asistieron personalmente a la junta), solicitó el reparto de dividendos conforme al artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. Por lo tanto, los solicitantes no votaron a favor de un reparto de dividendos, sino que se limitaron a votar en contra de la propuesta de aplicación del resultado. Que en consecuencia no cabe deducir que mostraran en junta su voluntad de que existiese reparto de dividendos. 2.º Que la sociedad en ningún momento ha aceptado que concurriesen los requisitos de ejercicio del derecho de separación. Que el derecho de separación debe modularse desde el deber de fidelidad del socio con el fin de que su ejercicio no despatrimonialice a la sociedad o incluso provoque una situación concursal. Que el derecho de separación no es neutro para la sociedad por las consecuencias económicas que del mismo pueden resultar. Que la devolución del valor de las acciones a los solicitantes es totalmente imposible y avocaría a la sociedad a la insolvencia. La estructura financiera de la sociedad, con un muy escaso margen de maniobra, hace imposible el pago del precio o le reembolso. Que en esta situación el ejercicio del derecho de separación es abusivo e irresponsable. Que la negativa al abono de dividendos se produce por vez primera con los solicitantes fuera del órgano de administración. No hay pues abuso de la mayoría al haberse continuado la política anterior de la sociedad. Que cuando se aprobaron las cuentas del ejercicio 2016 ya se preveían fuertes pérdidas para el ejercicio 2017 y de ahí la prudencia de la propuesta de aplicación. Que se comparte el criterio de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Barcelona de fecha 1 de marzo de 2018 y de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Murcia de fecha 18 de mayo de 2017 para el caso de que la sociedad no acepte la existencia de derecho de separación. 3.º Que la convocatoria de la junta no hizo mención alguna del derecho de información en relación al informe de auditoría que había encargado el propio órgano de administración por lo que la junta resulta en nula de pleno derecho conforme al criterio de la propia Dirección General (con cita).

III

El registrador mercantil de Barcelona núm. 11, don Heliodoro Sánchez Rus dictó resolución en fecha 18 de octubre de 2018 por la que acordó inadmitir la oposición y resolver la procedencia del nombramiento del experto solicitado para la determinación del valor razonable de las acciones de acuerdo con el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil. De la resolución del registrador mercantil resulta que consultados los archivos del Registro la sociedad no está obligada, de conformidad con el artículo 263 de la Ley de Sociedades de Capital, a la verificación de sus cuentas anuales ni resulta tampoco de los libros de inscripciones la existencia de auditor designado de forma voluntaria para la verificación de las cuentas correspondientes al ejercicio 2016.

IV

Don J. L. T. L., como administrador, por escrito de fecha 23 de noviembre de 2018, que tuvo entrada el día 28 inmediato posterior en el Registro de entrada del Ministerio de Justicia, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a, resumidamente, los siguientes argumentos: Que la manifestación sobre el 348 fue realizada después de las votaciones y no por los hoy solicitantes sino por quien actuó como secretaria de la junta sin ser socio. Que el presidente de la junta no autorizo su actuación en nombre de los socios, hoy solicitantes, que acudieron personalmente a la junta. Que se reiteran los argumentos del escrito de oposición especialmente en cuanto a la necesidad de que se pronuncie judicialmente el tribunal competente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; artículos 346, 348, 348 bis, 349 y 353 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital; y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil; las sentencias del Tribunal Supremo 32/2006, de 23 de enero y 63/2011, de 28 de febrero; y las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de enero de 2011, 4 de febrero de 2013, 25 de julio, 17 de septiembre y 3 de noviembre de 2014, 21 de enero y 14 de mayo de 2015, 20 de septiembre, 23 de octubre, 16, 27 y 28 de noviembre, 4, 11, 22 y 28 de diciembre de 2017, 8, 16, 22, 26 y 31 de enero y 1, 7, 12, las tres del día 13, las tres del día 22, 28 de febrero, 26 de marzo, 9 de abril, 4, 16 y 22 de mayo y 11 de junio de 2018.

1. Celebrada junta general de una sociedad anónima, convocada judicialmente, y aprobadas las cuentas relativas al ejercicio 2016, se aprueba por mayoría la propuesta de destinar el beneficio obtenido a la compensación de las pérdidas de ejercicios anteriores y con el voto en contra de los hoy solicitantes. Todo ello en los términos que resultan del acta notarial de junta a que se ha hecho referencia en los hechos. Ejercitado el derecho de separación la sociedad se opone en los términos que igualmente resultan y que reitera en su escrito de recurso.

2. El escrito de oposición, y su confirmación en el escrito de recurso, lleva a cabo una afinación que de estimarse haría innecesario el análisis de las

restantes cuestiones planteadas por lo que es procedente que esta dirección lo aborde en primer lugar. En concreto, el motivo hace referencia al necesario pronunciamiento judicial como previo a la actuación administrativa de designación de experto cuando la sociedad niega la existencia del derecho de separación.

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 corno 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, Oferentes 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', de lo contencioso (Sección 6»), 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 la, número 454/2013 de 28 junio y 674/2013 de 13 noviembre), que el registrador al actuar en el ámbito de su competencia no invade la función jurisdiccional pues ni conoce de procedimiento judicial alguno, ni interfiere en un procedimiento judicial en marcha ni en modo alguno se arroga actuaciones reservadas al poder judicial.

La misma doctrina es aplicable a un supuesto como el presente en el que el registrador se limita a ejercer la competencia atribuida legalmente (*vide* artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital), por el procedimiento establecido (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 (o la del juzgado de lo Mercantil de Barcelona citada por el recurrente), 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 del juzgado de lo Mercantil de Murcia ha sido revocada por la de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4', 198/2018 de 28 de marzo, al establecer lo siguiente: «La discrepancia sobre los presupuestos del artículo 348 bis 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 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..."»

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. 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).

Así ocurre en el expediente que da lugar a la presente. La sociedad afirma que se opone tajantemente a la existencia del derecho de separación por parte de los solicitantes. 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, lo que nos lleva a la siguiente cuestión con desestimación de este motivo de recurso.

4. El recurrente sostiene que la junta en la que se acordó la aprobación de las cuentas anuales del ejercicio de 2016 así como la aplicación del resultado es nula de pleno derecho. Basa su motivo en el hecho de que el anuncio de la convocatoria, que se llevó a cabo judicialmente, no hiciera referencia a la existencia de un informe de verificación ni al derecho de los socios a su examen de conformidad con el artículo 272 de la Ley de Sociedades de Capital.

Como pone de relieve el registrador en su resolución la sociedad no se encuentra obligada a la verificación contable en los términos establecidos en el artículo 263 de la Ley de Sociedades de Capital. Tampoco consta inscrita la designación de auditor voluntario a fin de que el depósito de las cuentas anuales se haga en unión de su informe (art. 279 de la propia Ley). La obligación que el artículo 272.2 de la Ley de Sociedades de Capital impone a quien lleve a efecto la convocatoria de incluir en la misma la indicación de la existencia del informe de auditoría y del derecho a obtenerlo por cualquier socio se extiende exclusivamente a aquellas sociedades que se encuentran obligadas a verificar sus cuentas. Así resulta de la dicción del propio precepto al contemplar dicha obligación respecto de las sociedades que tengan que llevar a cabo el informe de gestión (*vide* los arts. 253 y 262.3 de la Ley), de modo que las sociedades no obligadas a verificación contable no están sujetas tampoco a dicha obligación. Además, y como resulta del acta de la junta fue el propio recurrente y administrador único de la sociedad el que puso de manifiesto durante su celebración la existencia del informe de verificación. Con independencia de la responsabilidad que pueda haber adquirido el administrador por no haber puesto de manifiesto durante el procedimiento judicial de convocatoria su existencia, lo cierto es que no puede pretender que su acción conlleve la nulidad de la junta por defecto en la convocatoria pues para ello habría sido preciso que la sociedad estuviera obligada a la verificación como ha quedado razonado. Se desestima el motivo de recurso.

5. El mismo destino merecen el resto de motivos que contiene el escrito de oposición y de recurso.

En primer lugar porque resulta de los hechos que los solicitantes votaron en contra de la propuesta de aplicación del resultado siendo totalmente irrelevante a los efectos de la presente quien o en qué momento se hiciera mención de la solicitud de reparto de dividendos (a diferencia del régimen para los ejercicios 2018 y posteriores como consecuencia de la entrada en vigor de 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).

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.

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 de poner en conocimiento de la sociedad o del resto de socios cual haya de ser la intención del disidente. Es cierto que el efecto económico en la sociedad que puede deparar el ejercicio del derecho de separación puede conllevar un perjuicio, pero es precisamente por este motivo por lo que, como afirma la reiterada sentencia 32/2006, de 23 enero del alto Tribunal, el órgano responsable de elaborar la propuesta: «...habría que pensar se ha estudiado y meditado atentamente antes de proponer y de acordar la mutación de la que traen causa las actuaciones...».

Las anteriores conclusiones no se ven desvirtuadas por el contenido de la sentencia 81/2015 de 26 marzo de la sección 15' de la Audiencia Provincial de Barcelona. Es cierto que dicha sentencia afirma que: «En cualquier caso, entendemos que el socio minoritario que vota en el sentido exigido por la norma y que manifiesta expresamente su intención de ejercitar el derecho de separación por entender que los dividendos son insuficientes, no puede verse perjudicado por una norma confusa, de reciente incorporación a nuestro Ordenamiento, que en una interpretación estrictamente gramatical puede llevar a situaciones absurdas.», pero no lo es menos que la propia sentencia, siguiendo claramente la interpretación llevada a cabo por el Tribunal Supremo afirma que: «Por tanto, los presupuestos para el ejercicio del derecho de separación son los siguientes:... Que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social durante el ejercicio anterior al acuerdo.»

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

En las sociedades de capital el orden del día lo elabora el órgano de administración que, tratándose de junta ordinaria, debe comprender necesaria-

mente la propuesta de aplicación del resultado (arts. 253 y 273 de la Ley de Sociedades de Capital). Ante dicha propuesta la junta general puede debatir lo que tenga por conveniente pero sólo puede emitir un voto afirmativo o negativo (art. 174 en relación a los artículos 198 y 201 de la Ley de Sociedades de Capital), con la única excepción de la junta constituida con carácter de universal que puede debatir y votar sobre cualquier asunto (art. 178 de la Ley de Sociedades de Capital).

De los hechos expuestos resulta que la junta general votó a favor de la propuesta de la administración de destinar la totalidad del beneficio a compensar pérdidas de ejercicios anteriores y que los socios que ejercitan su derecho de separación votaron en contra de la propuesta. Como ha reiterado esta Dirección General en la materia que nos ocupa (resoluciones de 4 y 22 de diciembre de 2017, 8 de enero, 12, 13, 22 y 28 de febrero de 2018), el ejercicio del derecho de separación contemplado en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, exige que el socio no haya votado a favor de una propuesta que no contemple el reparto, en forma de dividendo, del resultado obtenido en el ejercicio en la proporción mínima que dicho precepto contempla. En definitiva, que resulte patente la voluntad del socio de no aceptar una propuesta de aplicación del resultado que no se destine al reparto de dividendo en, al menos, la cantidad exigida por el precepto.

6. La existencia o no de liquidez en la sociedad (que cuenta con abundantes reservas), no condiciona en absoluto el ejercicio del derecho de separación. Como resulta de la regulación legal (*vide* artículo 356 de la Ley de Sociedades de Capital), el reembolso del valor razonable determinado por el experto independiente (art. 354), es una obligación de la sociedad que puede ser llevada a cabo de distintas formas pero que no condiciona el ejercicio del derecho individual del socio reconocido en el artículo 348 bis de la propia Ley.

Por último, es forzoso confirmar las apreciaciones del registrador mercantil sobre el motivo que alude al ejercicio abusivo del derecho de separación por parte de los socios hoy instantes. 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. La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestio-

nes 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).

Corno 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). Quedan en consecuencia fuera del procedimiento cualesquiera otras afirmaciones de parte que tengan por objeto desvirtuar el hecho de que de la documentación presentada resulte el conjunto de requisitos legalmente exigidos para que se declare la procedencia de la designación del experto. Las alegaciones que al respecto puedan llevarse han de ser llevadas a cabo ante la autoridad jurisdiccional competente sin que tengan relevancia en el estrecho ámbito de este expediente limitado tanto por su objeto como por sus medios de prueba.

En definitiva, si la sociedad considera que de las circunstancias que estima relevantes o de la conducta de las partes existen motivos suficientes para que por la autoridad judicial se modere o alteren las consecuencias que de la aplicación del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital puedan derivarse debe hacerlo en el procedimiento judicial que corresponda. Lo que no puede pretender es que esta Dirección desvirtúe el contenido de este procedimiento más allá de lo que constituye su objeto y finalidad.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Barcelona núm. 11, don Heliodoro Sánchez Rus de fecha 18 de octubre de 2018.

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

Madrid, 24 de enero de 2019.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.

Resolución de 14 de febrero de 2019

En el expediente 176/2018 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Brainstormer Fuerza de Ventas, S.L.».

HECHOS

I

Don J. de las H. L. presentó un escrito de fecha 11 de septiembre de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 12 inmediato posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio de «Brainstormer Fuerza de Ventas, S.L.», el nombramiento de un experto para que proceda a la determinación del valor razonable de las participaciones como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación.

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

a) Que la junta general de la sociedad celebrada el día 12 de julio de 2018 aprobó las cuentas correspondientes al ejercicio 2017.

Del acta notarial y diligencia de la junta autorizada por el notario de Madrid don Rafael González Gozalo en dicha fecha resulta que la junta se reúne con asistencia del cien por cien del capital social. Resulta que tras la aprobación de las cuentas correspondientes al citado ejercicio 2017 se entró en el tercer punto del orden del día relativo a la aplicación del resultado. Que existiendo beneficios la propuesta del presidente es que se destine a reservas en su totalidad. La propuesta es aprobada por la mayoría con el voto en contra del hoy solicitante que manifiesta que desearía que se repartiesen beneficios.

b) Que el día 2 de agosto de 2018 por medio de burofax que fue reiterado el día 9 del mismo mes y año el hoy solicitante notificó a la sociedad el ejercicio del derecho de separación con propuesta de valoración.

II

Previo traslado de la solicitud por parte del Registro Mercantil, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que no procede la estimación de la solicitud porque la sociedad ha interpuesto contra el socio denuncia por delito de propiedad industrial que puede dar lugar a su exclusión de la sociedad y a la correspondiente reclamación de daños y perjuicios. Que el socio está intentando acelerar su salida de la sociedad saliendo indemne de su responsabilidad. Que de estimarse la solicitud la sociedad tendría que pagar los honorarios del experto independiente mientras que en el caso de exclusión deben ser descontados de la cuota del socio excluido, creando así una gran inseguridad jurídica a la sociedad. Que la sociedad también ha tenido conocimiento de la comisión de un delito de administración desleal en la época en que era administrador de la sociedad si bien todavía no se ha presentado la oportuna denuncia. Que el solicitante junto a otras dos personas han constituido una sociedad cuya actividad es competencia directa de la sociedad «Brainstormer Fuerza de Ventas, S.L.», aportando diversa documentación de la que, a su juicio, así resulta. Que dada la existencia de prejudicialidad penal y la evidente comisión de los delitos no puede primar el derecho de separación lo que puede desembocar en una indefensión de la

sociedad. 2.º Que sólo existe beneficio contable pero no real al haberse contabilizado determinadas cantidades facturadas, pero no cobradas y que de no serlo generarían las consecuentes pérdidas. Que tal circunstancia es perfectamente conocida por el solicitante y es la causa justificadora de que se haya destinado el resultado a reservas. 3.º Que la actuación del solicitante es claramente contraria a la buena fe. Que ya intentó y se desestimó el nombramiento de un auditor de cuentas para la verificación de las cuentas de un periodo en que era administrador social y que ahora pretende que se vuelva a realizar, adjuntando una propuesta de valoración completamente alejada de la realidad.

III

La Registradora Mercantil de Madrid núm. 17, doña Carmen de Grado Sanz a dictó resolución en fecha 4 de octubre de 2018 por la que acordó inadmitir la oposición y resolver la procedencia del nombramiento del experto solicitado para la determinación del valor razonable de las participaciones de acuerdo con el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil.

IV

Don A. P. A. de C. y don E. L. M., cómo administradores solidarios, por escrito de fecha 2 de noviembre de 2018, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Madrid, interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base, resumidamente, a los siguientes argumentos: 1.º Que la sociedad interpuso denuncia contra el socio en fecha 13 de abril de 2018 por un delito de descubrimiento y revelación de secretos y, tras las oportunas averiguaciones, interpuso querella en fecha 5 de octubre del mismo año por posible existencia de delito de administración desleal y fraudulenta y delito de descubrimiento y revelación de secretos, querella que se ha admitido a trámite por auto de 23 de octubre de 2018 del Juzgado de Instrucción de Madrid núm. 52. Que estando los autos en un juzgado de Instrucción no procede el desarrollo del procedimiento de separación porque dejaría en absoluta indefensión a la sociedad al aprovecharse el socio de una situación en la que la sociedad se puede ver obligada a satisfacer los honorarios del experto independiente sin poder reclamar los daños y perjuicios correspondientes. Que lo anterior se refuerza porque como resulta de la documentación que acompaña, el juez de Instrucción ha admitido las pruebas propuestas por la parte.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; artículos 346, 348, 348 bis, 349 y 353 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital; y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil; las sentencias del Tribunal Supremo 32/2006, de 23 de enero y 63/2011, de 28 de febrero; y las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de enero de 2011, 4 de febrero de 2013, 25 de julio, 17

de septiembre y 3 de noviembre de 2014, 21 de enero y 14 de mayo de 2015, 20 de septiembre, 23 de octubre, 16, 27 y 28 de noviembre, 4, 11, 22 y 28 de diciembre de 2017, 8, 16, 22, 26 y 31 de enero y 1, 7, 12, las tres del día 13, las tres del día 22, 28 de febrero, 26 de marzo, 9 de abril, 4, 16 y 22 de mayo y 11 de junio de 2018.

1. La junta general de una sociedad de responsabilidad limitada aprueba las cuentas correspondientes al ejercicio 2017 así como la propuesta de aplicación del resultado positivo íntegramente a reservas. Vota en contra el socio hoy solicitante quien, dentro del plazo previsto legalmente, ejerce su derecho de separación al amparo de la previsión del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. La Registradora Mercantil de Madrid desestima la oposición de la sociedad quien ahora recurre en alzada ante esta Dirección por el único motivo de prejudicialidad penal en los términos que se han hecho constar en los hechos.

2. El recurso no puede prosperar. 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.».

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. 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 artículo 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. Por lo que se refiere a la litispendencia penal alegada por la sociedad recurrente, 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: «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.»

Como se ve, la regulación en materia penal es coincidente con la expuesta para el caso de jurisdicción voluntaria en cuanto que la existencia de un pro-

cedimiento penal entre las partes sólo puede acarrear la suspensión del procedimiento cuando se acredite su existencia, así como que la resolución pueda tener afección en la que haya que dictarse.

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.

4. En el expediente que da lugar a la presente, la sociedad afirma que se opone tajantemente a la existencia del derecho de separación por parte del socio contra quien ha presentado querella por delitos de descubrimiento y revelación de secretos y por administración desleal. 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 que la resolución que pueda recaer en el ámbito penal afecte a la presente.

Procede en suma la desestimación del recurso.

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 4 de octubre de 2018.

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

Madrid, 14 de febrero de 2019–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.

Resolución de 22 de febrero de 2019 (1.ª)

En el expediente 185/2018 sobre nombramiento de experto a instancia de una socia de «Mobihercal S.L.».

HECHOS

I

Doña N. C. A. presentó un escrito de fecha 11 de octubre de 2018, dirigido al Registro Mercantil de La Rioja, en el que tuvo su entrada el día 19 de octubre posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socia de «Mobihercal S.L.», el nombramiento de un experto para que proceda a la determinación del valor razonable de las participaciones como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación.

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

a) La junta general universal de la sociedad se reunió el día 14 de septiembre de 2018. Del acta de dicha junta, que se acompaña, resulta que la reunión se celebró con la asistencia del cien por cien del capital social. Resulta igualmente que la junta, tras aprobar las cuentas correspondientes al ejercicio 2017, aprobó la propuesta de aplicación del resultado positivo destinándolo en cuanto a doscientos treinta euros con noventa céntimos (230,90 €), a reserva legal y en cuanto a dos mil setenta y ocho euros con once céntimos (2.078,11 €), a reservas voluntarias. Resulta del acta que el citado acuerdo se aprobó por la mayoría y con el voto en contra del representante de la socia hoy solicitante, quien manifiesta que su voto en contra es debido a que no se destina a dividendo, al menos, un tercio del beneficio obtenido con expresa reserva del derecho contemplado en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

b) Mediante acta autorizada por el notario de Calahorra don Luis Ángel Otero González el día 25 de septiembre de 2018, el representante de la hoy solicitante notificó a la sociedad el ejercicio de su derecho de separación al amparo del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, lo que se llevó a cabo por diligencia notarial el día 26 de septiembre de 2018.

II

Previo traslado de la solicitud por parte del Registro Mercantil, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que como se puso de manifiesto en la contestación al acta de notificación la solicitante carece de legitimación. 2.º Que en la junta universal celebrada el día 14 de septiembre de 2018 no se solicitó por ningún socio reparto de dividendo, ni antes de la celebración de la junta ni al aprobar el orden del día correspondiente, esperando el representante de la solicitante el voto de los otros dos socios para emitir el suyo en contra y manifestando entonces, y no antes, su propósito de ejercer el derecho contemplado en el artículo 348 bis. Que en el acta de la junta consta que el orden del día aprobado por todos los socios incluye como segundo punto el de propuesta y aprobación en su caso del resultado obtenido. Que consta que la única propuesta fue la de dotar la reserva voluntaria sin que existiese otra distinta. Que de todo lo anterior resulta la indisimulada voluntad de separarse de la sociedad. Que no es cierto, como dice la instancia, que se acordara la no distribución de dividendo. Que ya en la contestación al acta notarial los otros dos accionistas y la administradora de la sociedad contestaron en semejantes términos. 2.º Que el día 30 de octubre de 2018 se celebró junta general extraordinaria de la sociedad en la que se acordó por mayoría y sin que el representante de la solicitante emitiera voto alguno, el reparto de dividendo del ejercicio 2017.

III

La Registradora Mercantil de La Rioja, doña Celia Meneses Martínez-Bernal dictó resolución en fecha 12 de noviembre de 2018 por la que acordó inadmitir la oposición y resolver la procedencia del nombramiento del experto solicitado para la determinación del valor razonable de las participaciones de acuerdo con el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil.

IV

Don J. A. C. A. y doña A. M. C. A., actuando aquél como accionista y esta, además, como persona física representante de la sociedad «Gysarcal, S.L.»administradora de la sociedad que es objeto de la presente, por escrito de fecha 29 de noviembre de 2018, que tuvo entrada el día 30 inmediato posterior en el Registro Mercantil de La Rioja, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos del escrito de oposición, que a su juicio no resultan contestados por la resolución de la registradora, añadiendo resumidamente, los siguientes argumentos: 1.º Que de conformidad con la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 7 de julio de 2015 y del Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Barcelona de fecha 1 de marzo de 2018, cuando la sociedad se oponga al derecho de separación el socio debe acudir a los tribunales de justicia. En el mismo sentido la sentencia del juzgado de lo mercantil núm. 2 de Murcia de 18 de mayo de 2017. Que de todo lo anterior resulta que formulada oposición por parte de la sociedad, no procede designar experto independiente en tanto no quede resuelta dicha controversia. 2.º Que existe un abuso de derecho por parte de la solicitante que debe ser objeto de valoración judicial.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; artículos 346, 348, 348 bis, 349 y 353 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital; y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil; las sentencias del Tribunal Supremo 32/2006, de 23 de enero y 63/2011, de 28 de febrero; y las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de enero de 2011, 4 de febrero de 2013, 25 de julio, 17 de septiembre y 3 de noviembre de 2014, 21 de enero y 14 de mayo de 2015, 20 de septiembre, 23 de octubre, 16, 27 y 28 de noviembre, 4, 11, 22 y 28 de diciembre de 2017, 8, 16, 22, 26 y 31 de enero y 1, 7, 12, las tres del día 13, las tres del día 22, 28 de febrero, 26 de marzo, 9 de abril, 4, 16 y 22 de mayo y 11 de junio de 2018.

1. Celebrada junta general de una sociedad y aprobada la propuesta de aplicación del resultado en parte a dotar la reserva legal y en parte a reservas voluntarias, la socia que ha votado en contra, por medio de su representante,

ejerce el derecho de separación con fundamento en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital y solicita del registrador mercantil la designación del experto a que se refiere el artículo 353 de la misma Ley. La sociedad se opone, la registradora estima la solicitud de designación de experto y aquella recurre.

2. Dejando de lado la evidente falta de legitimación del socio individual que insta el recurso (cuestión sin mayor alcance dada la acción entablada por la propia sociedad por medio de su administrador), el recurso plantea una cuestión que de ser ahora estimada haría innecesario cualquier otro pronunciamiento. En concreto se refiere a la afirmación de que, existiendo oposición por parte de la sociedad a la existencia del derecho de separación, no procede que el registrador resuelva sobre la designación de experto hasta que aquella circunstancia quede resuelta por los Tribunales de Justicia.

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 Registra-

dores de la Propiedad y Mercantiles, compartiendo con carácter general la competencia para su conocimiento. Estos profesionales, que aúnan la condición de juristas y de titulares de la fe pública, reúnen sobrada capacidad para actuar, con plena efectividad y sin merma de garantías, en algunos de los actos de jurisdicción voluntaria que hasta ahora se encomendaban a los Jueces. Si bien la máxima garantía de los derechos de la ciudadanía viene dada por la intervención de un Juez, la desjudicialización de determinados supuestos de jurisdicción voluntaria sin contenido jurisdiccional, en los que predominan los elementos de naturaleza administrativa, no pone en riesgo el cumplimiento de las garantías esenciales de tutela de los derechos e intereses afectados. La solución legal dada es acorde con los postulados de nuestra Carta Magna y, además, oportuna en atención a diferentes factores. El prestigio adquirido a lo largo de los años por estos Cuerpos de funcionarios entre los ciudadanos es un elemento que ayuda a despejar cualquier incógnita sobre su aptitud para intervenir en la tutela administrativa de determinados derechos privados, como protagonistas principales que son de nuestro sistema de fe pública y garantes de la seguridad jurídica, sin olvidar el hecho de que muchos de los actos de jurisdicción voluntaria tienen por objeto obtener la certeza sobre el estado o modo de ser de determinados negocios, situaciones o relaciones jurídicas que dichos profesionales están en inmejorable condición para apreciarlos adecuadamente…»

En definitiva, el reconocimiento legal confirma la pertinencia de la atribución competencial, su imbricación en el orden constitucional, la ausencia de violación de principios constitucionales, así como la ausencia de merma de garantías legales.

Como ha reconocido el Tribunal Supremo (sentencias de la sala 3.ª, de lo contencioso (Sección 6.ª), de 8 de julio de 2002, (RJ\2002\6552) y, Sentencia de 7 julio 2008, (RJ\2008\4401), el procedimiento de nombramiento de auditor a instancia de la minoría culmina en una resolución de Derecho Administrativo dictada por quien tiene la competencia para hacerlo y que, por versar sobre materia mercantil, está sujeta a la revisión de los Tribunales de Justicia, en concreto, a la jurisdicción civil. Del mismo modo el alto Tribunal ha resuelto recientemente (sentencias de la sala de lo Civil, Sección 1.ª, número 454/2013 de 28 junio y 674/2013 de 13 noviembre), que el registrador al actuar en el ámbito de su competencia no invade la función jurisdiccional pues ni conoce de procedimiento judicial alguno, ni interfiere en un procedimiento judicial en marcha ni en modo alguno se arroga actuaciones reservadas al poder judicial.

La misma doctrina es aplicable a un supuesto como el presente en el que el registrador se limita a ejercer la competencia atribuida legalmente (*vide* artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital), por el procedimiento establecido (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 del Juzgado de lo Mercantil de Murcia 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 348 bis 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 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…»

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. 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).

Así ocurre en el expediente que da lugar a la presente. La sociedad afirma que se opone tajantemente a la existencia del derecho de separación por parte de la socia. La sociedad ejercita así el derecho de oposición que le reconoce el ordenamiento jurídico en el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil, pero su oposición, que es el trámite legalmente previsto para que fije su postura, ni impide la tramitación del expediente ni implica su suspensión al no resultar acreditado ni la existencia de un procedimiento arbitral o jurisdiccional ni que la resolución que pueda recaer afecte a la presente.

4. El mismo destino desestimatorio le corresponde al resto de motivos de recurso expresados por la sociedad recurrente.

En primer lugar, por lo que se refiere al sentido del voto de la socia. Como ha reiterado la jurisprudencia, el nacimiento del derecho de separación depende exclusivamente de la concurrencia de los requisitos legales exigidos por la norma que lo ampara. Como afirma la sentencia 32/2006 de 23 enero de nuestro Tribunal Supremo, el derecho de separación: «Nace por efecto del acuerdo adoptado con oposición del que pretende la separación, desde la aprobación del acta (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.

Con el fin de evitar la doctrina expuesta, la sociedad recurrente pretende entiende que no es suficiente la concurrencia de los hechos anteriormente citados, sino que, además, es necesario que el socio disidente haya adoptado una actitud activa en la junta en la que se adoptó el acuerdo, actitud que debe traducirse en una propuesta sobre distribución del dividendo o sobre la intención de su voto. El fundamento del argumento consiste en afirmar los graves efectos que puede producir el ejercicio del derecho de separación, así como la necesidad de que la junta y el resto de los socios tenga conocimiento de las intenciones del socio disidente.

El intento es vano pues 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 de poner en conocimiento de la sociedad o del resto de socios cual haya de ser la intención del disidente. Es cierto que el efecto económico en la sociedad que puede deparar el ejercicio del derecho de separación puede conllevar un perjuicio, pero es precisamente por este motivo por lo que, como afirma la reiterada sentencia 32/2006 de 23 enero del alto Tribunal, el órgano responsable de elaborar la propuesta: «…habría que pensar se ha estudiado y meditado atentamente antes de proponer y de acordar la mutación de la que traen causa las actuaciones…»

Las anteriores conclusiones no se ven desvirtuadas por el contenido de la sentencia 81/2015 de 26 marzo de la sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona. Es cierto que dicha sentencia afirma que: «En cualquier caso, entendemos que el socio minoritario que vota en el sentido exigido por la norma y que manifiesta expresamente su intención de ejercitar el derecho de separación por entender que los dividendos son insuficientes, no puede verse perjudicado por una norma confusa, de reciente incorporación a nuestro Ordenamiento, que en una interpretación estrictamente gramatical puede llevar a situaciones absurdas.», pero no lo es menos que la propia sentencia, siguiendo claramente la interpretación llevada a cabo por el Tribunal Supremo afirma que: «Por tanto, los presupuestos para el ejercicio del derecho de separación son los siguientes:... Que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social durante el ejercicio anterior al acuerdo.»

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

De los hechos expuestos resulta que la junta general votó a favor de la propuesta de la administración de destinar la totalidad del beneficio a reservas y que el socio que ejercita su derecho de separación voto en contra de la propuesta. Como ha reiterado esta Dirección General en la materia que nos ocupa (resoluciones de 4 y 22 de diciembre de 2017, 8 de enero, 12, 13, 22 y 28 de febrero de 2018), el ejercicio del derecho de separación contemplado en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, exige que el socio no haya votado a favor de una propuesta que no contemple el reparto, en forma de dividendo, del resultado obtenido en el ejercicio en la proporción mínima que dicho precepto contempla. En definitiva, que resulte patente la voluntad del socio de no aceptar una propuesta de aplicación del resultado que no se destine al reparto de dividendo en, al menos, la cantidad exigida por el precepto.

No existe precepto alguno que exija al socio que se separa la reserva de su derecho (a diferencia de lo que ocurre con la redacción actual del precepto conforme a la redacción dada por la Ley 11/2018, de 28 de diciembre). 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. No cabe en consecuencia

exigir un ejercicio o una reserva de ejercicio no prevista legalmente y que dejaría ineficaz la previsión legal de conceder un mes al socio disidente para ejercitarlo.

5. Las anteriores conclusiones no quedan desvirtuadas por el hecho de que la sociedad celebrase nueva junta y acordare el reparto de dividendo con cargo al beneficio del ejercicio 2017. Como ya afirmara nuestro Tribunal Supremo en un supuesto sustancialmente idéntico al presente, (reiterada sentencia 32/2006 de 23 enero), 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.

Por lo demás esta Dirección no puede entrar a determinar si la conducta de la instante incurre o no en mala fe o supone un ejercicio abusivo del derecho. 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). Quedan en consecuencia fuera del procedimiento cualesquiera otras afirmaciones de parte que tengan por objeto desvirtuar el hecho de que de la documentación presentada resulte el conjunto de requisitos legalmente exigidos para que se declare la procedencia de la designación del experto. Las alegaciones que al respecto puedan llevarse han de ser llevadas a cabo ante la autoridad jurisdiccional competente sin que tengan relevancia en el estrecho ámbito de este expediente limitado tanto por su objeto como por sus medios de prueba.

En definitiva, si la sociedad considera que de las circunstancias que estima relevantes o de la conducta de las partes existen motivos suficientes para que por la autoridad judicial se modere o alteren las consecuencias que de la aplicación del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital puedan derivarse debe hacerlo en el procedimiento judicial que corresponda. Lo que no puede pretender es que esta Dirección desvirtúe el contenido de este procedimiento más allá de lo que constituye su objeto y finalidad.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la Registradora Mercantil de La Rioja doña Celia Meneses Martínez-Bernal de fecha 12 de noviembre de 2018.

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

Madrid, 22 de febrero de 2019 (1.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de La Rioja.

Resolución de 22 de febrero de 2019 (2.ª)

En el expediente 185/2018 sobre nombramiento de experto a instancia de una socia de «Matadero José Calatayud e Hijos S. A.».

HECHOS

I

Doña N. C. A. presentó un escrito de fecha 11 de octubre de 2018, dirigido al Registro Mercantil de La Rioja, en el que tuvo su entrada el día 19 de octubre posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socia de Matadero José Calatayud e Hijos S. A., el nombramiento de un experto para que proceda a la determinación del valor razonable de las acciones como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación.

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

a) La junta general universal de la sociedad se reunió el día 14 de septiembre de 2018. Del acta de dicha junta, que se acompaña, resulta que la reunión se celebró con la asistencia del cien por cien del capital social. Resulta igualmente que la junta, tras aprobar las cuentas correspondientes al ejercicio 2017, aprobó la propuesta de aplicación del resultado positivo destinándolo en su integridad a reservas voluntarias. Resulta del acta que el citado acuerdo se aprobó por la mayoría y con el voto en contra del representante de la socia hoy solicitante, quien manifiesta que su voto en contra es debido a que no se destina a dividendo, al menos, un tercio del beneficio obtenido con expresa reserva del derecho contemplado en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

b) Mediante acta autorizada por el notario de Calahorra don Luis Ángel Otero González el día 25 de septiembre de 2018, el representante de la hoy solicitante notificó a la sociedad el ejercicio de su derecho de separación al amparo del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, lo que se llevó a cabo por diligencia notarial del día 26 de septiembre de 2018.

II

Previo traslado de la solicitud por parte del Registro Mercantil, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que como se puso de manifiesto en la contestación al acta de notificación la solicitante carece de legitimación. 2.º Que en la junta universal celebrada el día 14 de septiembre de 2018 no se solicitó por ningún socio reparto de dividendo, ni antes de la celebración de la junta ni al aprobar el orden del día correspondiente, esperando el representante de la solicitante el voto de los otros dos socios para emitir el suyo en contra y manifestando entonces, y no antes, su propósito de ejercer el derecho contemplado en el artículo 348 bis. Que en el acta de la junta consta que el orden del día aprobado por todos los socios incluye como segundo punto el de propuesta y aprobación en su caso del resultado obtenido. Que consta que la única propuesta fue la de dotar la reserva voluntaria sin que existiese otra distinta. Que de todo lo anterior resulta la indisimulada voluntad de separarse de la sociedad. Que no es cierto, como dice la instancia, que se acordara la no distribución de dividendo. Que ya en la contestación al acta notarial los otros dos accionistas y la administradora de la sociedad contestaron en semejantes términos. 2.º Que el día 30 de octubre de 2018 se celebró junta general extraordinaria de la sociedad en la que se acordó por mayoría y sin que el representante de la solicitante emitiera voto alguno, el reparto de dividendo del ejercicio 2017.

III

La Registradora Mercantil de La Rioja, doña Celia Meneses Martínez-Bernal dictó resolución en fecha 12 de noviembre de 2018 por la que acordó inadmitir la oposición y resolver la procedencia del nombramiento del experto solicitado para la determinación del valor razonable de las acciones de acuerdo con el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil.

IV

Don J. A. C. A. y doña A. M. C. A., actuando aquél como accionista y esta, además, como persona física representante de la sociedad «Gysarcal, S.L.» administradora de la sociedad que es objeto de la presente, por escrito de fecha 29 de noviembre de 2018, que tuvo entrada el día 30 inmediato posterior en el Registro Mercantil de La Rioja, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos del escrito de oposición, que a su juicio no resultan contestados por la resolución de la registradora, añadiendo resumidamente, los siguientes argumentos: 1.º Que de conformidad con la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 7 de julio de 2015 y del Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Barcelona de fecha 1 de marzo de 2018, cuando la sociedad se oponga al derecho de separación el socio debe acudir a los tribunales de justicia. En el mismo sentido la sentencia del juzgado de lo mercantil núm. 2 de Murcia de 18 de mayo de 2017. Que de todo lo anterior resulta que formulada oposición por parte de la sociedad, no procede designar experto independiente en tanto no quede resuelta dicha controversia. 2.º Que existe un abuso de derecho por parte de la solicitante que debe ser objeto de valoración judicial.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; artículos 346, 348, 348 bis, 349 y 353 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital; y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil; las sentencias del Tribunal Supremo 32/2006, de 23 de enero y 63/2011, de 28 de febrero; y las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de enero de 2011, 4 de febrero de 2013, 25 de julio, 17 de septiembre y 3 de noviembre de 2014, 21 de enero y 14 de mayo de 2015, 20 de septiembre, 23 de octubre, 16, 27 y 28 de noviembre, 4, 11, 22 y 28 de diciembre de 2017, 8, 16, 22, 26 y 31 de enero y 1, 7, 12, las tres del día 13, las tres del día 22, 28 de febrero, 26 de marzo, 9 de abril, 4, 16 y 22 de mayo y 11 de junio de 2018.

1. Celebrada junta general de una sociedad y aprobada la propuesta de aplicación del resultado íntegramente a reservas, la socia que ha votado en contra, por medio de su representante, ejerce el derecho de separación con

fundamento en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital y solicita del registrador mercantil la designación del experto a que se refiere el artículo 353 de la misma Ley. La sociedad se opone, la registradora estima la solicitud de designación de experto y aquella recurre.

2. Dejando de lado la evidente falta de legitimación del socio individual que insta el recurso (cuestión sin mayor alcance dada la acción entablada por la propia sociedad por medio de su administrador), el recurso plantea una cuestión que de ser ahora estimada haría innecesario cualquier otro pronunciamiento. En concreto se refiere a la afirmación de que, existiendo oposición por parte de la sociedad a la existencia del derecho de separación, no procede que el registrador resuelva sobre la designación de experto hasta que aquella circunstancia quede resuelta por los Tribunales de Justicia.

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 condi-

ción de juristas y de titulares de la fe pública, reúnen sobrada capacidad para actuar, con plena efectividad y sin merma de garantías, en algunos de los actos de jurisdicción voluntaria que hasta ahora se encomendaban a los Jueces. Si bien la máxima garantía de los derechos de la ciudadanía viene dada por la intervención de un Juez, la desjudicialización de determinados supuestos de jurisdicción voluntaria sin contenido jurisdiccional, en los que predominan los elementos de naturaleza administrativa, no pone en riesgo el cumplimiento de las garantías esenciales de tutela de los derechos e intereses afectados. La solución legal dada es acorde con los postulados de nuestra Carta Magna y, además, oportuna en atención a diferentes factores. El prestigio adquirido a lo largo de los años por estos Cuerpos de funcionarios entre los ciudadanos es un elemento que ayuda a despejar cualquier incógnita sobre su aptitud para intervenir en la tutela administrativa de determinados derechos privados, como protagonistas principales que son de nuestro sistema de fe pública y garantes de la seguridad jurídica, sin olvidar el hecho de que muchos de los actos de jurisdicción voluntaria tienen por objeto obtener la certeza sobre el estado o modo de ser de determinados negocios, situaciones o relaciones jurídicas que dichos profesionales están en inmejorable condición para apreciarlos adecuadamente…»

En definitiva, el reconocimiento legal confirma la pertinencia de la atribución competencial, su imbricación en el orden constitucional, la ausencia de violación de principios constitucionales, así como la ausencia de merma de garantías legales.

Como ha reconocido el Tribunal Supremo (sentencias de la sala 3.ª, de lo contencioso (Sección 6.ª), de 8 de julio de 2002, (RJ\2002\6552) y, Sentencia de 7 julio 2008, (RJ\2008\4401), el procedimiento de nombramiento de auditor a instancia de la minoría culmina en una resolución de Derecho Administrativo dictada por quien tiene la competencia para hacerlo y que, por versar sobre materia mercantil, está sujeta a la revisión de los Tribunales de Justicia, en concreto, a la jurisdicción civil. Del mismo modo el alto Tribunal ha resuelto recientemente (sentencias de la sala de lo Civil, Sección 1.ª, número 454/2013 de 28 junio y 674/2013 de 13 noviembre), que el registrador al actuar en el ámbito de su competencia no invade la función jurisdiccional pues ni conoce de procedimiento judicial alguno, ni interfiere en un procedimiento judicial en marcha ni en modo alguno se arroga actuaciones reservadas al poder judicial.

La misma doctrina es aplicable a un supuesto como el presente en el que el registrador se limita a ejercer la competencia atribuida legalmente (*vide* artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital), por el procedimiento establecido (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 del Juzgado de lo Mercantil de Murcia 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 348 bis 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 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…»

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. 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).

Así ocurre en el expediente que da lugar a la presente. La sociedad afirma que se opone tajantemente a la existencia del derecho de separación por parte de la socia. La sociedad ejercita así el derecho de oposición que le reconoce el ordenamiento jurídico en el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil, pero su oposición, que es el trámite legalmente previsto para que fije su postura, ni impide la tramitación del expediente ni implica su suspensión al no resultar acreditado ni la existencia de un procedimiento arbitral o jurisdiccional ni que la resolución que pueda recaer afecte a la presente.

4. El mismo destino desestimatorio le corresponde al resto de motivos de recurso expresados por la sociedad recurrente.

En primer lugar, por lo que se refiere al sentido del voto de la socia. Como ha reiterado la jurisprudencia, el nacimiento del derecho de separación depende exclusivamente de la concurrencia de los requisitos legales exigidos por la norma que lo ampara. Como afirma la sentencia 32/2006 de 23 enero de nuestro Tribunal Supremo, el derecho de separación: «Nace por efecto del acuerdo adoptado con oposición del que pretende la separación, desde la aprobación del acta (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.

Con el fin de evitar la doctrina expuesta, la sociedad recurrente pretende entiende que no es suficiente la concurrencia de los hechos anteriormente citados, sino que, además, es necesario que el socio disidente haya adoptado una actitud activa en la junta en la que se adoptó el acuerdo, actitud que debe traducirse en una propuesta sobre distribución del dividendo o sobre la intención de su voto. El fundamento del argumento consiste en afirmar los graves efectos que puede producir el ejercicio del derecho de separación, así como la necesidad de que la junta y el resto de los socios tenga conocimiento de las intenciones del socio disidente.

El intento es vano pues 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 de poner en conocimiento de la sociedad o del resto de socios cual haya de ser la intención del disidente. Es cierto que el efecto económico en la sociedad que puede deparar el ejercicio del derecho de separación puede conllevar un perjuicio, pero es precisamente por este motivo por lo que, como afirma la reiterada sentencia 32/2006 de 23 enero del alto Tribunal, el órgano responsable de elaborar la propuesta: «…habría que pensar se ha estudiado y meditado atentamente antes de proponer y de acordar la mutación de la que traen causa las actuaciones…»

Las anteriores conclusiones no se ven desvirtuadas por el contenido de la sentencia 81/2015 de 26 marzo de la sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona. Es cierto que dicha sentencia afirma que: «En cualquier caso,

entendemos que el socio minoritario que vota en el sentido exigido por la norma y que manifiesta expresamente su intención de ejercitar el derecho de separación por entender que los dividendos son insuficientes, no puede verse perjudicado por una norma confusa, de reciente incorporación a nuestro Ordenamiento, que en una interpretación estrictamente gramatical puede llevar a situaciones absurdas.», pero no lo es menos que la propia sentencia, siguiendo claramente la interpretación llevada a cabo por el Tribunal Supremo afirma que: «Por tanto, los presupuestos para el ejercicio del derecho de separación son los siguientes:... Que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social durante el ejercicio anterior al acuerdo.»

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

De los hechos expuestos resulta que la junta general votó a favor de la propuesta de la administración de destinar la totalidad del beneficio a reservas y que el socio que ejercita su derecho de separación voto en contra de la propuesta. Como ha reiterado esta Dirección General en la materia que nos ocupa (resoluciones de 4 y 22 de diciembre de 2017, 8 de enero, 12, 13, 22 y 28 de febrero de 2018), el ejercicio del derecho de separación contemplado en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, exige que el socio no haya votado a favor de una propuesta que no contemple el reparto, en forma de dividendo, del resultado obtenido en el ejercicio en la proporción mínima que dicho precepto contempla. En definitiva, que resulte patente la voluntad del socio de no aceptar una propuesta de aplicación del resultado que no se destine al reparto de dividendo en, al menos, la cantidad exigida por el precepto.

No existe precepto alguno que exija al socio que se separa la reserva de su derecho (a diferencia de lo que ocurre con la redacción actual del precepto conforme a la redacción dada por la Ley 11/2018, de 28 de diciembre). 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. No cabe en consecuencia exigir un ejercicio o una reserva de ejercicio no prevista legalmente y que

dejaría ineficaz la previsión legal de conceder un mes al socio disidente para ejercitarlo.

5. Las anteriores conclusiones no quedan desvirtuadas por el hecho de que la sociedad celebrase nueva junta y acordare el reparto de dividendo con cargo al beneficio del ejercicio 2017. Como ya afirmara nuestro Tribunal Supremo en un supuesto sustancialmente idéntico al presente, (reiterada sentencia 32/2006 de 23 enero), 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.

Por lo demás esta Dirección no puede entrar a determinar si la conducta de la instante incurre o no en mala fe o supone un ejercicio abusivo del derecho. 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). Quedan en consecuencia fuera del procedimiento cualesquiera otras afirmaciones de parte que tengan por objeto desvirtuar el hecho de que de la documentación presentada resulte el conjunto de requisitos legalmente exigidos para que se declare la procedencia de la designación del experto. Las alegaciones que al respecto puedan llevarse han de ser llevadas a cabo ante la autoridad jurisdiccional competente sin que tengan relevancia en el estrecho ámbito de este expediente limitado tanto por su objeto como por sus medios de prueba.

En definitiva, si la sociedad considera que de las circunstancias que estima relevantes o de la conducta de las partes existen motivos suficientes para que por la autoridad judicial se modere o alteren las consecuencias que de la aplicación del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital puedan derivarse debe hacerlo en el procedimiento judicial que corresponda. Lo que no puede pretender es que esta Dirección desvirtúe el contenido de este procedimiento más allá de lo que constituye su objeto y finalidad.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la Registradora Mercantil de La Rioja doña Celia Meneses Martínez-Bernal de fecha 12 de noviembre de 2018.

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

Madrid, 22 de febrero de 2019 (2.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de La Rioja.

Resolución de 28 de febrero de 2019

En el expediente 5/2019 sobre nombramiento de auditor excepcional a instancia de la sociedad «Secuoya, Grupo de Comunicación, S.A.».

HECHOS

I

Por escrito de fecha 14 de enero de 2019, con entrada en este Ministerio el día 15 de enero del mismo año, el registrador mercantil de Granada I, don Francisco Germán Taboada Tejerizo, 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 las cuentas consolidadas solicitado para el ejercicio 2018 de la sociedad «Secuoya, Grupo de Comunicación, 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 del Reglamento del Registro Mercantil, dirigida al registro mercantil de Granada, de fecha 27 de diciembre de 2018, formulada por …, en nombre y representación de la mercantil solicitante, derivando su legitimación de su cargo de Secretario no consejero de la misma, así como de la delegación expresa de facultades llevada a cabo a estos efectos por el Consejo de Administración de la Sociedad, en su reunión de fecha 27 de diciembre de 2018. Asimismo, forma parte del expediente el informe de fecha 14 de enero de 2019 del registrador mercantil de Granada I, don Francisco Germán Taboada Tejerizo, del que se deduce que puede entenderse justificada la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor y elevando el expediente a esta Dirección General. Finalmente, con fecha 4 de febrero de 2019, tiene entrada en este Ministerio oficio de la misma fecha del registrador mercantil de Granada I, don Francisco Germán Taboada Tejerizo, adjuntando escrito del solicitante por el que adiciona nuevos motivos a los primeramente señalados en su escrito inicial.

III

De la solicitud inicial de nombramiento de auditor de fecha 27 de diciembre de 2018, dirigida al registro mercantil de Granada, formulada por don ……, en nombre y representación de la mercantil solicitante, en su condición de Secretario no consejero de la misma, así como de la delegación expresa de facultades, según lo señalado anteriormente, al amparo del artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 del Reglamento del Registro Mercantil, en especial el artículo 356 del expresado Reglamento, y según manifiesta el interesado, resulta, en esencia:

1.º Que la citada sociedad, está obligada a la verificación de las cuentas anuales consolidadas y del informe de gestión por auditor de cuentas; si bien, por error material e involuntario no se pudo convocar a tiempo la junta general de accionistas de la sociedad para debatir y decidir sobre el nombramiento o reelección, en su caso, del auditor de las cuentas anuales consolidadas de la sociedad para el ejercicio social a cerrar el 31 de diciembre de 2018 y, dado que no puede celebrarse una junta general de accionistas con carácter universal, toda vez la condición de la sociedad de entidad listada en el Mercado Alternativo

Bursátil, el Consejo de Administración de la Sociedad acordó por unanimidad, en su reunión, por escrito y sin sesión, de fecha 27 de diciembre de 2018, solicitar al Registro Mercantil de Granada el nombramiento del auditor de las cuentas anuales consolidadas de la sociedad para el ejercicio social a cerrar el 31 de diciembre de 2018, al amparo de lo previsto en el artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

2.º Como circunstancias especiales que justifican que el nombramiento de auditor de las cuentas anuales consolidadas de la sociedad para el ejercicio social en persona determinada, según criterio y manifestación del solicitante, son las siguientes:

a) «Deloitte, S.L.» tiene cargo vigente para llevar a cabo la auditoría de las cuentas anuales individuales de la sociedad del ejercicio social a cerrar el 31 de diciembre de 2018.

b) «Deloitte, S.L.» ha realizado la auditoría de las cuentas anuales consolidadas de la sociedad durante los últimos tres ejercicios, habiendo sido aprobadas las mismas por la Junta General de accionistas en dichos ejercicios con el voto a favor de todos los accionista presentes o representados en las mismas.

c) Tres de los miembros del Consejo de Administración de la sociedad, «Sponsorship Consulting Media, S.L.», «Fiesxi Inversiones, S.L.» y «Cardomana Servicios y Gestiones, S.L.», son asimismo accionistas de la Sociedad, siendo propietarios conjuntamente de un 82 % del capital social. Por tanto, de haber sido presentado este acuerdo para su aprobación por la junta general de accionistas de la sociedad habría sido aprobado en esa sede por una mayoría suficiente.

d) El grupo de sociedades del que es sociedad matriz la sociedad es especialmente complejo, teniendo que consolidar 25 sociedades españolas y 9 extranjeras, de nacionalidades colombiana, peruana, chilena y estadounidense.

3.º Por escrito que tuvo su entrada en el registro mercantil de Granada el 4 de febrero de 2019, el solicitante añade justificación y motivos adicionales según su criterio a su petición inicial. Así, manifiesta que las siguientes filiales de la sociedad tienen obligación de revisar sus cuentas anuales individuales por un auditor de cuentas, habiendo sido nombrado «Deloitte, S.L.» como firma encargada de llevar a cabo la auditoría de las cuentas anuales individuales del ejercicio social a cerrar el 31 de diciembre de 2018:

CBM SERVICIOS AUDIOVISUALES, S.L.
CBMEDIA SERVICIOS AUDIOVISUALES, S.L.
SECUOYA CONTENIDOS, S.L.
BIENVENIDO GIL, S.L.
SECUOYA CHILE PRODUCCIONES (sociedad de nacionalidad chilena).
SECUOYA GRUPO DE COMUNICACIÓN, S.A. S. (sociedad de nacionalidad colombiana).

4.º Por todo lo anterior, y dadas las especiales circunstancias del presente supuesto y, en virtud de lo recogido en el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil, manifiesta que el trabajo de «Deloitte, S.L.» como auditor de cuentas consolidadas del ejercicio social a cerrar el 31 de diciembre de 2018 sería el más eficiente posible, con los beneficios que ello conllevará a todos los accionistas de la sociedad solicita que el nombramiento del auditor de las cuentas anuales consolidadas de la sociedad para el ejercicio social a cerrar el 31 de diciembre de 2018 sea a favor de la entidad «Deloitte, S.L.», domiciliada en Madrid, Torre Picasso, Plaza Pablo Ruiz Picasso, 1, provista de C. I. F n º B-9104469, e inscrita en el Registro Mercantil de Madrid al tomo 13.650, folio 188, sección 8.ª, hoja M-4414, inscripción 96.ª, e inscrita bajo el número S00692 en el ROAC, instando del registro mercantil proceda a elevar a la Dirección General de los Registros y del Notariado su

solicitud para que, de conformidad con la excepción contenida en el artículo 356 del RRM, nombre a la firma de auditoría «Deloitte, S.L.», como auditor de cuentas anuales consolidadas de la sociedad para el ejercicio social a cerrar el 31 de diciembre de 2018.

IV

Por su parte, el registrador mercantil de Granada I, don Francisco Germán Taboada Tejerizo, emite informe de fecha 19 de diciembre de 2018 del que se deduce que podría entenderse justificada la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor, elevando el expediente a esta Dirección General dadas las facultades discrecionales que el Reglamento del Registro Mercantil (art. 356) confiere a este Centro Directivo y con pleno respeto al mejor criterio que pudiera adoptar este Centro Directivo.

En concreto, y además de citar los argumentos del solicitante, informa el citado registrador que al solicitarse el nombramiento por el órgano de administración de la sociedad afectada, no sería necesario realizar notificación alguna que implique posible oposición por ella misma, y por tanto procedería el nombramiento de auditor solicitado de conformidad con lo dispuesto en los artículos 350 a) y 351 y siguientes del RRM; pero dadas las extraordinarias circunstancias alegadas, y especialmente por razones de economía –tanto para la sociedad como para el auditor nombrado– facilitándose el trabajo a realizar, ya que si hubiese que designar un auditor distinto del ya nombrado, encarecería por un lado el importe a pagar por la sociedad, y por otro se dificultaría el trabajo a realizar por los auditores, al tener que relacionar unos trabajos con otros y efectuados por personas distintas, beneficiando tanto el interés de la sociedad, en cuanto a coste y tiempo, como el del auditor, manejando toda la información sin intermediarios, tratando directamente con la sociedad; razones todas por las que el registrador mercantil de Granada, Francisco Germán Taboada Tejerizo, ha admitido inicialmente dicha solicitud, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 356 del RRM, solicita y remite a esta Dirección General el expediente en cuestión a los efectos oportunos.

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 Granada I, don Francisco Germán Taboada Tejerizo, emite informe de fecha 14 de enero de 2019, del que se deduce que puede entenderse justificada la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor, en los términos que han sido expuestos.

4. A la luz de las consideraciones anteriores, de los hechos expuestos y del informe de fecha 19 de diciembre de 2018 del registrador mercantil de Granada I, don Francisco Germán Taboada Tejerizo, resulta la concurrencia de circunstancias especiales que justifican la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor por cuanto concurren presupuestos reveladores de volumen económico significativo y conveniencia de que la elaboración y auditoría de las cuentas anuales consolidadas de la sociedad peticionaria del ejercicio 2018 sea hecha por la misma auditora encargada de la revisión de las cuentas anuales del grupo consolidado al que pertenece, del cual la mercantil solicitante es sociedad matriz, lo que determina por la sociedad auditora un adecuado conocimiento de las circunstancias contables de la mercantil solicitante, así como del marco regulatorio de su actividad; 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 «SECUOYA, GRUPO DE COMUNICACIÓN, S.A.», a fin de que verifique las cuentas anuales consolidadas 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 Granada I, don Francisco Germán Taboada Tejerizo, a nombrar a «Deloitte, S.L.», con inscripción en el ROAC número S00692 –según resulta del expediente-como auditor de cuen-

tas de la sociedad, para la revisión de sus cuentas anuales consolidadas correspondientes al ejercicio 2018, de conformidad con el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil.

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

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

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

Madrid, 28 de febrero de 2019.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Granada.

Resolución de 7 de marzo de 2019 (1.ª)

En el expediente 183/2018 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Grupo Especializado de Cirugía Ortopédica y Traumatología, S.L.».

HECHOS

I

Don E. C. C. presentó un escrito de fecha 21 de septiembre de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Santa Cruz de Tenerife, en el que solicitó, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio de «Grupo Especializado de Cirugía Ortopédica y Traumatología, S.L.», el nombramiento de un experto para que proceda a la determinación del valor razonable de las participaciones como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación.

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

a) Que la junta general ordinaria de la sociedad se celebró el día 13 de julio de 2018. Del acta de la citada junta (que consta incorporada al acta notarial que se dirá), resulta que está presente la totalidad del capital social estando el hoy solicitante debidamente representado por don J. L. S. P. P. Que el primer punto del orden del día relativo a la aprobación de las cuentas anuales fue objeto de aprobación con el voto en contra de dicho representante

que manifiesta que la junta no reúne los requisitos de una junta ordinaria, que no se ha levantado acta notarial pese a haberse solicitado y que no se ha presentado el informe del auditor designado por el Registro Mercantil. Resulta igualmente que en relación al beneficio obtenido el representante del hoy solicitante vota en contra de que se destine íntegramente a reservas por los mismos motivos que el punto anterior y, además, porque considera que los beneficios habrían tenido que ser superiores y porque su representado vota que se repartan los obtenidos.

b) Por acta notarial de fecha 23 de julio de 2018 el hoy solicitante requiere al notario para que entregue a la sociedad un documento del que resulta el ejercicio de su derecho de separación, así como propuesta de valoración, lo que lleva a cabo el notario por medio de diligencia de fecha 26 de julio de 2018. La sociedad contesta, dentro del acta, por medio de comparecencia del administrador único ante el notario a quien hace entrega de un documento según resulta de la diligencia notarial de fecha 27 de julio de 2018. De dicho escrito de contestación resulta que la sociedad no reconoce el derecho de separación puesto que el representante del socio votó en contra del acuerdo de distribución por los motivos que constan en el acta de la junta. Que en el primer punto del orden del día en ningún momento puso de manifiesto su disconformidad con el resultado contable ni que dudase sobre su situación patrimonial o los estados contables. Que el socio puede considerar que la sociedad debería haber tenido mayores beneficios, pero la realidad es la que resulta de la contabilidad. Que otro socio de la sociedad, don A. G. L., expuso que el administrador de la sociedad propuso la distribución finalmente acordada salvo que el representante del hoy solicitante desease que se repartiese un tercio de los beneficios a lo que dicho representante contestó que la sociedad debería haber tenido mayores beneficios y que su representado deseaba que se repartiese la totalidad, siendo así que ningún socio tiene derecho al reparto de la totalidad del beneficio. Que la junta fue debidamente convocada, que no se ha recibido solicitud alguna de intervención notarial y que tampoco se ha emitido por ningún auditor nombrado por el Registro Mercantil ningún informe de auditoría en relación a las cuentas de 2017. Que el valor de las participaciones del socio está muy alejado de su propuesta.

II

Previo traslado de la solicitud por parte del Registro Mercantil, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando lo que se ha hecho constar en el apartado anterior en relación a las manifestaciones de don A. G. L. y a la contestación que el representante del socio realizó. Que el artículo 348 bis solo sería procedente si la sociedad se hubiera negado a repartir un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social. Que igualmente reitera que el valor de las participaciones del socio está muy alejado de su pretensión.

III

El registrador mercantil de Santa Cruz de Tenerife núm. 1, don Andrés Barettino-Coloma dictó resolución en fecha 29 de noviembre de 2018 de 2018 por la que acordó inadmitir la oposición y resolver la procedencia del nombramiento del experto solicitado para la determinación del valor razonable de las participaciones de acuerdo con el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil.

IV

Don A. D. F., como administrador, por escrito de fecha 11 de diciembre de 2018, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a, resumidamente, los siguientes argumentos: Que el socio don A. G. L., expuso lo anteriormente relacionado en el escrito de oposición contestando el representante del hoy solicitante en los términos que igualmente se han hecho constar. Que el derecho de separación ampararía al socio si la sociedad se hubiese negado a repartir un tercio del beneficio, derecho que no se le negó en ningún momento. Que entre las dos propuestas (destinar todo el beneficio a dividendo o a reservas), la junta escogió la que estimó más oportuno al desistir el representante del socio a su derecho a la distribución de un tercio de los beneficios obtenidos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; artículos 346, 348, 348 bis, 349 y 353 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital; y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil; las sentencias del Tribunal Supremo 32/2006, de 23 de enero y 63/2011, de 28 de febrero; y las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de enero de 2011, 4 de febrero de 2013, 25 de julio, 17 de septiembre y 3 de noviembre de 2014, 21 de enero y 14 de mayo de 2015, 20 de septiembre, 23 de octubre, 16, 27 y 28 de noviembre, 4, 11, 22 y 28 de diciembre de 2017, 8, 16, 22, 26 y 31 de enero y 1, 7, 12, las tres del día 13, las tres del día 22, 28 de febrero, 26 de marzo, 9 de abril, 4, 16 y 22 de mayo y 11 de junio de 2018.

1. Ejercitado por un socio de sociedad de responsabilidad limitada el derecho de separación al amparo de la previsión del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, la sociedad se opone a su ejercicio por los motivos que resultan por extenso de los hechos. El registrador mercantil desestima la oposición y la sociedad recurre.

2. El recurso no puede prosperar. Resulta indubitadamente de los hechos que el hoy solicitante acudió a la junta general en la que compareció por medio de representante. Consta igualmente que votó en contra de la propuesta de destinar el beneficio del ejercicio en su integridad a reservas.

El nacimiento del derecho de separación depende exclusivamente de la concurrencia de los requisitos legales exigidos por la norma que lo ampara. Como afirma la sentencia 32/2006 de 23 enero de nuestro Tribunal Supremo, el derecho de separación: «Nace por efecto del acuerdo adoptado con oposición del que pretende la separación, desde la aprobación del acta (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.

La sociedad recurrente afirma que no es suficiente la concurrencia de los hechos anteriormente citados, sino que, además, es necesario que el socio disidente haya adoptado una actitud activa en la junta en la que se adoptó el acuerdo.

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 de poner en conocimiento de la sociedad o del resto de socios cual haya de ser la intención del disidente. Es cierto que el efecto económico en la sociedad que puede deparar el ejercicio del derecho de separación puede conllevar un perjuicio, pero es precisamente por este motivo por lo que, como afirma la reiterada sentencia 32/2006 de 23 enero del alto Tribunal, el órgano responsable de elaborar la propuesta: «…habría que pensar se ha estudiado y meditado atentamente antes de proponer y de acordar la mutación de la que traen causa las actuaciones…»

3. Las anteriores conclusiones no se ven desvirtuadas por el contenido de la sentencia 81/2015 de 26 marzo de la sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, que analizó la importancia del sentido del voto del socio que se separa. Es cierto que dicha sentencia afirma que: «En cualquier caso, entendemos que el socio minoritario que vota en el sentido exigido por la norma y que manifiesta expresamente su intención de ejercitar el derecho de separación por entender que los dividendos son insuficientes, no puede verse perjudicado por una norma confusa, de reciente incorporación a nuestro Ordenamiento, que en una interpretación estrictamente gramatical puede llevar a situaciones absurdas.», pero no lo es menos que la propia sentencia, siguiendo claramente la interpretación llevada a cabo por el Tribunal Supremo afirma que: «Por tanto, los presupuestos para el ejercicio del derecho de separación son los siguientes:... Que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social durante el ejercicio anterior al acuerdo.»

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

De los hechos expuestos resulta que la junta general votó a favor de la propuesta de la administración de destinar la totalidad del beneficio a reservas y que el socio que ejercita su derecho de separación voto en contra de la pro-

puesta. Como ha reiterado esta Dirección General en la materia que nos ocupa (resoluciones de 4 y 22 de diciembre de 2017, 8 de enero, 12, 13, 22 y 28 de febrero de 2018), el ejercicio del derecho de separación contemplado en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, exige que el socio no haya votado a favor de una propuesta que no contemple el reparto, en forma de dividendo, del resultado obtenido en el ejercicio en la proporción mínima que dicho precepto contempla. En definitiva, que resulte patente la voluntad del socio de no aceptar una propuesta de aplicación del resultado en la que no se destine al reparto de dividendo, al menos, la cantidad exigida por el precepto.

Además, no existe precepto alguno que exija al socio que se separa la reserva de su derecho (a diferencia de lo que ocurre con la redacción actual del precepto conforme a la redacción dada por la Ley 11/2018, de 28 de diciembre), por lo que no cabe en consecuencia exigir un ejercicio o una reserva de ejercicio no prevista legalmente y que dejaría ineficaz la previsión legal de conceder un mes al socio disidente para ejercitarlo.

4. Los argumentos de contrario no enervan las conclusiones anteriores. En primer lugar, porque resulta irrelevante cuales hayan sido los motivos que hayan llevado al socio hoy instante a votar en contra de la propuesta de aplicación del resultado pues el hecho de terminante es precisamente el voto en contra. También son irrelevantes a los efectos de la presente si los beneficios fueron o no adecuados a la actividad económica y el parecer al respecto del socio y de la sociedad. Nada de ello influye en el hecho incontestable de que se ha producido el conjunto de circunstancias que, conforme al artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, justifican el ejercicio del derecho de separación.

Tampoco es aceptable afirmar que otro socio distinto al solicitante afirmó que se hizo la propuesta de que se destinase el beneficio a reservas a menos de que hubiese un deseo o voluntad de que se repartiesen dividendos, propuesta a la que el socio contestó como tuvo por conveniente. Ni resulta del acta notarial que incorpora el acta de la junta dicha circunstancia ni habría variado el conjunto de hechos ya narrados y de los que se deduce el cumplimiento de los requisitos del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

Tampoco es aceptable el razonamiento de que la sociedad no se ha negado al reparto de dividendos habiendo escogido la postura que ha considerado más oportuna. Dejando de lado la obviedad de esta última afirmación, lo relevante es que la junta ha decidido que la totalidad del beneficio del ejercicio se destine a reservas voluntarias y que el socio hoy instante votó en contra de la propuesta. La consecuencia jurídica de tales hechos es el nacimiento de un derecho de separación a favor del socio que ha votado en contra, derecho que consta acreditado se ejerció en plazo por lo que no procede sino la confirmación de la resolución del registrador mercantil, incluso en el inciso en el que afirma que la valoración de las participaciones será la que determine el experto

independiente que se designe por resultar irrelevante a los efectos de la presente la que sean objeto de apreciación por las partes.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Santa Cruz de Tenerife núm. 1, don Andrés Barettino-Coloma de fecha 29 de noviembre de 2018.

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

Madrid, 7 de marzo de 2019 (1.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Tenerife.

Resolución de 7 de marzo de 2019 (2.ª)

En el expediente 186/2018 sobre nombramiento de experto a instancia de socios de «Fuente de la Peña, S.L.».

HECHOS

I

Don J. G. M. S. D. T. y doña M. G. M. S. D. T. presentaron un escrito de fecha 5 de septiembre de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 7 inmediato posterior, en el que solicitaron, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socios de «Fuente de la Peña, S.L.», el nombramiento de un experto para que proceda a la determinación del valor razonable de las participaciones como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación.

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

a) Que la junta general de la sociedad celebró junta general el día 26 de junio de 2018. De acta autorizada el día 26 de junio de 2018 por el notario de Madrid don Francisco Mata Botella y de su diligencia del mismo día resulta: que a la junta concurre el cien por cien del capital social estando debidamente representados los socios hoy solicitantes. Resulta igualmente que en relación a la aplicación del resultado de 105.811,86 euros se propone destinar 32.000 euros a dividendos y el resto a reservas voluntarias. El representante de los hoy

instantes solicita que se destine la total a dividendo. La propuesta queda aprobada por acuerdo de la mayoría social.

De la cuenta de pérdidas y ganancias, que constan en el acta notarial, resulta un resultado financiero del ejercicio de 21.898,20 euros

b) Mediante escrito de fecha 20 de julio de 2018 los hoy solicitantes notificaron a la sociedad el ejercicio de su derecho de separación lo que complementaron con otro escrito de fecha 23 de julio de 2018.

c) De la instancia resulta la afirmación de que esta Dirección General ha resuelto a favor de otra socia de la sociedad y en relación al mismo ejercicio 2017 en su Resolución de 28 de noviembre de 2018.

II

Previo traslado de la solicitud por parte del Registro Mercantil, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que en contestación a los socios que notificaron el ejercicio del derecho de separación se les notificó que del beneficio obtenido en el ejercicio hay que restar la cantidad de 21.898,20 euros correspondientes a los ingresos financieros fruto de determinadas actividades que nada tienen que ver con la actividad propia del desarrollo del objeto social. Que restada dicha cantidad del resultado resulta una cantidad cuya tercera parte asciende a menos de la cantidad acordada para el reparto por lo que no existe derecho de separación. Que en la misma contestación se puso de relieve que habían votado en contra de la propuesta de reparto por lo que no se daba el supuesto de hecho del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. 2.º Que siendo el objeto social la compraventa y arrendamiento de todo tipo de inmuebles el beneficio obtenido de su desarrollo asciende únicamente a 89.438,21 euros por lo que no procede la aplicación del citado artículo al ser su tercera parte una cantidad inferior a aquella cuyo reparto se aprobó. Que el concepto de beneficios propios de la explotación del objeto procede del artículo 128 de la Ley de Sociedades de Capital y excluye los extraordinarios como son las plusvalías por venta de activos (con cita de sentencias). Que deben excluirse los beneficios extraordinarios o atípicos. Que incluso si se aceptase la tesis de los solicitantes la diferencia sería de 3.270,62 euros, cantidad ínfima que pondría en riesgo la solvencia de la sociedad. 3.º Que además no existe legitimación de los solicitantes por votar en contra de la aplicación del resultado máxime cuando en el acta no se anunció la intención de ejercicio del derecho (con cita de la sentencia a que se hará referencia en el cuerpo de la presente).

III

El registrador mercantil de Madrid núm. 22, don Antonio Heliodoro Holgado Cristeto dictó resolución en fecha 5 de noviembre de 2018 por la que acordó inadmitir la oposición y resolver la procedencia del nombramiento del experto solicitado para la determinación del valor razonable de las participaciones de acuerdo con el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil.

IV

Don J. L. G. M. y doña A. I. G. M. S. T.,, presidente y secretaria del consejo de administración, por escrito de fecha 12 de diciembre de 2018, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Madrid, interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección Gene-

ral contra dicha resolución, en base a los argumentos que se pusieron de manifiesto en su escrito de oposición al que se añade que la diferencia mínima pone en riesgo financiero a la empresa originando la situación inversa a la que la norma pretende proteger, que de desestimarse su escrito se estaría afirmando el abuso de la posición mayoritaria sobre la minoritaria por unas cantidades que representan porcentajes mínimos de la facturación social.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; 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 y 28 de noviembre de 2018.

1. Dos socios de una sociedad de responsabilidad limitada votan en contra del acuerdo de la junta general de aplicar una cantidad del resultado obtenido en el ejercicio social a dividendo y de destinar el resto a reservas. Los interesados notifican a la sociedad el ejercicio del derecho de separación al amparo del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital por no llegar la cifra al tercio del beneficio obtenido a lo que la sociedad se opone en los términos que resultan de los hechos. El registrador mercantil desestima la oposición y la sociedad recurre.

Se produce la circunstancia de que otra socia de la sociedad instó la designación de un experto independiente al amparo de los artículos 348 bis y 353 de la Ley de Sociedades de Capital en relación al mismo ejercicio social dando lugar a la Resolución de esta Dirección General de 28 de noviembre de 2018. La identidad del supuesto de hecho conduce a la reiteración de los motivos que provocaron la desestimación en la citada resolución al ser idénticos los motivos contenidos en el escrito de recurso.

2. Como afirmara la citada Resolución, de conformidad con la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, en su sentencia 32/2006 de 23 enero: a) El derecho de separación es un derecho potestativo o de configuración. b) El derecho del socio que se opone, nace desde que la sociedad adopta el acuerdo social previsto legalmente o en los términos previstos cuando se trate de supuestos estatutarios. c) El ejercicio del derecho debe hacerse dentro del plazo legal-

mente previsto e implica una declaración recipticia que debe hacerse llegar a la sociedad. d) El ejercicio del derecho no requiere la aceptación de la sociedad quien, una vez ejercitado, no puede dejarlo sin efecto. e) El ejercicio del derecho no depende de la inscripción del acuerdo, en su caso, en el Registro Mercantil.

Reunidos los requisitos para que surja el derecho de separación queda expedita la vía al socio para su ejercicio, si así lo estima oportuno. Cualesquiera otras circunstancias quedan al margen de dicha cuestión como ocurre en el presente supuesto de hecho en el que la sociedad, en este motivo, pretende la enervación de la concurrencia de los requisitos previstos en el art. 348 bis con fundamento en la escasa cuantía del derecho de dividendo a repartir a los socios en caso de apreciar como cifra a dividir la totalidad del beneficio obtenido y porque con ello se estaría alcanzando un resultado contrario al fundamento de la norma.

Como esta Dirección ha recordado en numerosísimas ocasiones (*vide* resoluciones en materia de auditores de fechas 15 de julio y 19 de octubre de 2015, entre otras muchas), el objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos legalmente exigibles para que se acuerde, de acuerdo con el artículo 353, la pertinencia de nombramiento de un experto independiente que determine el valor razonable de las acciones o participaciones sociales. La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver otras cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (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).

Este Centro Directivo no puede valorar la oportunidad de la cantidad fijada por el legislador y mucho menos si por aplicación de la norma se está produciendo un resultado contrario a su fundamento 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.

3. Las dos cuestiones más relevantes que señala la sociedad como motivos de oposición y de recurso hacen referencia al sentido del voto de los solicitantes en el curso de la junta general en la que se aprobó la propuesta de aplicación del resultado y, en segundo lugar, a la cifra que debe servir de base para determinar el beneficio mínimo a repartir para evitar el nacimiento del derecho de separación.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, resulta del acta notarial de la junta general en la que se aprobó la propuesta de aplicación del resultado: que la presidencia propone que siendo el resultado 105.811,86 euros se destinen 32.000 a dividendos y el resto a reservas. Que las representaciones de los hoy instantes solicitan que se destine la totalidad a dividendos. Que la pro-

puesta es aprobada con el voto en contra del representante de los solicitantes que expresa que el voto en contra se debe a que todo el resultado debería destinarse a dividendo.

Como resulta de la doctrina expresada en las anteriores consideraciones el nacimiento del derecho de separación depende exclusivamente de la concurrencia de los requisitos legales exigidos por la norma que lo ampara. Como afirma la sentencia 32/2006 de 23 enero de nuestro Tribunal Supremo a que se ha hecho referencia anteriormente, el derecho de separación: «Nace por efecto del acuerdo adoptado con oposición del que pretende la separación, desde la aprobación del acta (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.

Establecido lo anterior resulta patente que no puede rechazarse el ejercicio del derecho de separación derivado del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital por el motivo alegado por la sociedad de que no ha existido un voto favorable de los socios a la propuesta de distribución de beneficios.

En primer lugar, porque el orden del día lo elabora el órgano de administración y, tratándose de junta ordinaria, la propuesta de aplicación del resultado lo es a instancia del propio órgano (arts. 253 y 273 de la Ley de Sociedades de Capital). De este modo, de exigirse un voto favorable a la propuesta de reparto de dividendo cuando dicha propuesta no depende del socio sino del órgano de administración se estaría privando a aquél de un derecho cuyo fundamento es, precisamente, la ausencia de propuesta de reparto de dividendo o la propuesta de reparto por debajo del umbral fijado por la Ley.

En segundo lugar, porque no puede sostenerse que el socio dispone de la facultad de exigir un complemento de convocatoria en la que se contemple una propuesta de reparto de dividendo. Este derecho, que sólo se contempla para las sociedades anónimas, exige además que el socio que lo ejercite posea al menos un 5 % del capital de la sociedad (art. 172 de la Ley de Sociedades de Capital). De aceptarse dicha tesis dejaría fuera del ejercicio de la facultad contemplada en el artículo 348 bis a socios a quienes dicho artículo atribuye el derecho de separación, ya sean socios de sociedades de responsabilidad limitada o de una sociedad anónima por debajo del mínimo establecido.

Finalmente, es preciso interpretar el precepto en la forma más adecuada para que produzca el efecto perseguido y que se ha expuesto más arriba por extenso. Como afirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.ª), 81/2015 de 26 marzo, para un supuesto en que el socio había votado a favor de una propuesta de reparto de dividendo por debajo del umbral establecido en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital (supuesto de hecho idéntico al que da lugar a la presente): «…entendemos que el derecho de separación exige que el socio asistente a la junta muestre en ella su posición favorable a un reparto de dividendos en cifra superior a una tercera

parte de los beneficios, de un lado, y que la junta acuerde una distribución distinta (inferior), de otro. Y esa situación se dio en el presente caso, dado que los actores, por medio de su representante, no se limitaron a votar a favor de la distribución propuesta, sino que hicieron constar en acta que esa propuesta era insuficiente, anunciando el ejercicio del derecho de separación. La demandada considera que los actores debieron instar la modificación del orden del día, para introducir una propuesta de distribución que respetara lo dispuesto en el artículo 348 bis del TRLSC. No compartimos esa alegación, que vedaría, de facto, el ejercicio del derecho de separación a aquellos socios minoritarios con un capital inferior al cinco por ciento, porcentaje exigido por el artículo 172 de la Ley para el complemento de convocatoria. Aquel precepto no exige que el socio promueva la modificación o el complemento del orden del día.»

El ejercicio del derecho contemplado en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital exige que el socio no haya votado a favor de una propuesta que no contemple el reparto, en forma de dividendo, del resultado obtenido en el ejercicio en la proporción mínima que dicho precepto contempla. En definitiva, que resulte patente la voluntad del socio de no aceptar una propuesta de aplicación del resultado que no se destine al reparto de dividendo en, al menos, la cantidad exigida por el precepto.

Así ocurre en el supuesto de hecho que da lugar a la presente en el que es patente la oposición de los socios que ahora ejercen su derecho a la aprobación de la propuesta de aplicación de resultado en la cuantía propuesta por el órgano de administración. Entenderlo de otra manera implicaría desfigurar por completo el sentido de un precepto que, si bien es cierto que tiene una dicción poco afortunada, tiene la evidente finalidad de otorgar el derecho de separación al socio que está en desacuerdo con la propuesta de aplicación de resultado que no contemple la distribución de, al menos, un tercio en forma de dividendo.

4. Resta analizar el motivo que hace referencia al beneficio como elemento integrante del supuesto que exige el artículo 348 bis para que surja el derecho de separación y que, de conformidad con el escrito de recurso, arroja un resultado distinto al que resulta de la cuenta de resultados por comprender una partida que, de minorarse, eliminaría la existencia del derecho de separación.

Es doctrina de esta Dirección General (Resoluciones de 16 y 28 de noviembre, 11 de diciembre de 2017 y de 22 enero, 7 y 22 de febrero, 26 de marzo y 6 de junio de 2018), que, como resulta de la dicción del artículo 348 bis es presupuesto básico de existencia del derecho de separación que la junta general haya tomado la decisión de no repartir dividendo de al menos «un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior, que sean legalmente repartibles.» El beneficio pues no sólo ha de ser legalmente repartible (*vide* arts. 273 y 326 de la Ley de Sociedades de Capital), sino que ha de proceder de la explotación del objeto social.

El concepto de lo que debe considerarse como beneficio propio de la explotación ha sido debidamente tratado por la sentencia número 81/2015 de 26 marzo, de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección15.ª), cuyo criterio, que esta Dirección debe aplicar, es el siguiente: «La doctrina, al analizar el artículo 348 bis, considera que para determinar el "beneficio propio de la explotación del objeto social" habrá que excluir los "beneficios extraordinarios o atípicos", valorando a tal efecto la interpretación que se venía haciendo del artículo 128 de la LSC y la justificación de la enmienda que modificó la Ley. Compartimos ese criterio, que también es aceptado por las partes, por lo que para fijar la base de reparto de la que se obtiene el tercio legal habrá que partir del resultado del ejercicio y depurarlo mediante la eliminación de los beneficios extraordinarios. A partir de ahí, no podemos compartir el criterio de la demandada, acogido sustancialmente por la sentencia apelada, que identifica "beneficio propio de la explotación del objeto social" con el beneficio que una compañía obtiene con su actividad ordinaria, esto es, con la que define el objeto social. Según LAMIR S. A. hay que adentrase en la sustancia económica de cada operación: beneficio ordinario será aquel que procede de operaciones vinculadas al objeto social y beneficio extraordinario el obtenido con operaciones ajenas o extrañas al mismo. Sólo los primeros, al entender de la demandada, han de ponderar para determinar "beneficio propio de la explotación del objeto social" Además, el círculo se cierra, a nuestro modo de ver de forma incorrecta, cuando se constriñe el objeto de la sociedad a la actividad explicitada en los estatutos, con exclusión de otras que contribuyen a la consecución del fin social, como pueden ser los ingresos financieros. Si nos guiáramos exclusivamente con criterios funcionales o materiales, sería preciso analizar todos y cada uno de los ingresos y gastos de la sociedad, para dilucidar si podemos calificarlos como típicamente "ordinarios", lo que generaría incertidumbre e inseguridad jurídica. No bastaría, en este caso, con escrutar las tres partidas de ingresos identificadas por la demandada. Ciertamente, no podemos estar a un concepto estrictamente contable de "beneficio propio de la explotación del objeto social", dado que como tal no está contemplado en la normativa contable. Es más, el vigente Plan General de Contabilidad, aprobado por el Real Decreto 1514/2007 (RCL 2007, 2098 y 2386), tampoco reconoce la categoría de "resultados extraordinarios", pues sólo distingue entre "resultados de explotación" y "resultados financieros". Ello no obstante, no podemos prescindir por completo de los criterios contables, en la medida que la base de reparto se determina a partir de lo que resulte de las cuentas anuales aprobadas en junta general y las partidas excluidas por LAMIRSA, al igual que el beneficio del ejercicio 2011, se extraen directamente de la cuenta de pérdidas y ganancias. En consecuencia, entendemos que el Plan General de Contabilidad nos aporta los parámetros fundamentales que nos aproximan al concepto de "beneficio propio de la explotación del objeto social", dado que sí define qué ha de entenderse por "beneficio" o "ingreso extraordinario". De este modo, el PGC de 1990, aprobado por el Real Decreto 1643/1990

(RCL 1990, 2682 y RCL 1991, 676) –el artículo 348 bis tiene como precedente normas redactadas cuando dicho Plan estaba en vigor–, definía "ingresos extraordinarios" como aquellos "beneficios o ingresos de cuantía significativa que no deban considerarse periódicos al evaluar los resultados futuros de la empresa", añadiendo que "como regla general un beneficio o ingreso se considerará extraordinario únicamente si se origina por hechos o transacciones que, teniendo en cuenta el sector de la actividad en que opera la empresa, cumple las condiciones siguientes: (i) caen fuera de la actividades ordinarias y típicas de la empresa y (ii) no se espera, razonablemente, que ocurran con frecuencia". El nuevo PGC, aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por su parte, contempla, en sustitución de los ingresos extraordinarios, la cuenta correspondiente a "ingresos excepcionales", que son definidos como "beneficios e ingresos de carácter excepcional y cuantía significativa", encontrándose entre ellos "los precedentes de aquellos créditos que en su día fueron amortizados por insolvencias firmes". En definitiva, que el ingreso sea ajeno a la actividad típica de la empresa es una condición necesaria para que pueda ser considerado "beneficio extraordinario". No es, sin embargo, un requisito suficiente ni la condición principal, pues tendrá que ser de cuantía significativa, en relación con el importe neto de la cifra de negocio, y tener su origen en operaciones que no se produzcan con frecuencia.»

Este es el marco conceptual en el que debe tomar el registrador mercantil su decisión en caso de que las partes no estén de acuerdo en la concurrencia del requisito exigido por el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. De este modo si la sociedad niega la existencia de un «beneficio propio de la explotación del objeto social» que sirva de base al ejercicio del derecho de separación alegado por el solicitante, debe acreditar dicha circunstancia a satisfacción del registrador y de acuerdo con los parámetros expuestos. Es doctrina reiteradísima de esta Dirección General (en sede de recursos contra resoluciones de los registradores sobre procedencia de la designación de auditores por aplicación del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, *vide* por todas resoluciones de 17 de abril, 7 de mayo, 8 de septiembre y 28 de octubre de 2015, 16 de junio de 2016 y 2 de febrero de 2017), que cuando la sociedad niegue la concurrencia de los requisitos legales en que el interesado funda su pretensión debe acreditarlo debidamente a fin de no romper el principio de igualdad entre las partes del procedimiento. Consecuentemente, la mera afirmación de parte de que no concurren los requisitos legales o la negativa de la prueba aportada por el solicitante no bastan por si solos para desestimar su solicitud.

5. Aplicando las consideraciones anteriores al supuesto de hecho resulta con claridad que el motivo no puede prosperar.

Los ingresos financieros, que se integran en la cuenta de resultados, no son ajenos a la actividad social que, como explica la sentencia transcrita, no puede confundirse con el objeto social. Es el conjunto de actividades que en desarrollo del objeto social lleva a cabo la sociedad el que produce un resultado por

lo que, en principio, todas contribuyen a la obtención del beneficio social. Los ingresos financieros, en cuanto derivados del rendimiento que produce la tesorería o las inversiones financieras que se integran en el patrimonio social son beneficios propios de la actividad por cuanto provienen, como explica la Audiencia de Barcelona, de lo que constituye una actividad ordinaria de cualquier sociedad. No reúnen, además, en el supuesto que da lugar a la presente ni el carácter de ajenos a la actividad social, ni son de cuantía significativa ni resulta en modo alguno que obedezcan a operaciones que no se repitan con frecuencia.

Es cierto como pone el escrito de recurso que de no aplicarse la rebaja en el beneficio que la sociedad propone, la cantidad que resultaría como repartible asciende a una cantidad de 3.270,32 euros más que la efectivamente repartida. Pero no es esta la cuestión que se dilucida en el presente expediente que, se reitera una vez más, no tiene otra finalidad que determinar si concurren los requisitos para que la socia ejercite su derecho de separación y, como consecuencia, pueda instar el expediente de designación de experto independiente a que se refiere el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital. Cualquier otra cuestión que la parte recurrente considere de trascendencia deben ser planteados ante los órganos jurisdiccionales competentes.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid núm. 22, don Antonio Heliodoro Holgado Cristeto de fecha 5 de noviembre de 2018.

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

Madrid, 7 de marzo de 2019 (2.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Madrid

---

Resolución de 7 de marzo de 2019 (3.ª)

En el expediente 75/2018 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Propostes Creatives, S.L.».

HECHOS

I

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

II

Traslada la petición a la sociedad, ésta se opuso a la pretensión de la socia por medio de escrito de fecha 6 de abril de 2018, suscrito por don ……, en su condición de legal representante de la sociedad, según manifiesta, alegando, en esencia, abuso de derecho y mala fe por parte de la solicitante.

III

El registrador mercantil de Tarragona, dictó resolución de fecha 10 de abril de 2018, por la que acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor presentada, resolviendo la procedencia del mismo.

IV

Don ……, en su condición de legal representante de la sociedad, según manifiesta, por escrito de fecha 7 de mayo de 2018, que tuvo su entrada en el registro mercantil de Tarragona el 11 del mismo mes y año, interpuso recurso contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se basan en el abuso de derecho y mala fe por parte de la solicitante.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 196, 197, 265.2 y 272 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. El recurso, en los términos en que está planteado, no puede prosperar. Así, en cuanto a la alegación única relativa al abuso de derecho y mala fe por

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

Este Centro Directivo no puede valorar la conducta de la solicitante como pretende la sociedad recurrente. El objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital prevé para que se acuerde la pertinencia de nombramiento de auditor a instancia de la minoría. La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la Constitución Española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

2. Lo anterior, unido al cumplimiento por la solicitante de los requisitos exigidos por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, que no han sido desvirtuados por la sociedad en el expediente, esto es, representando la socia solicitante más del cinco por ciento del capital social y no habiendo transcurrido tres meses desde la fecha de cierre de dicho ejercicio, procede el nombramiento solicitado de auditor que efectúe la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2017.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Tarragona, de fecha 10 de abril de 2018, por la que estima la solicitud de nombramiento de auditor.

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

Madrid, 7 de marzo de 2019 (3.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Tarragona.

Resolución de 13 de marzo de 2019 (1.ª)

En el expediente 20/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Cultivos Artalejo, S.L.».

HECHOS

I

Don …… presentó escrito de fecha 12 de enero de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Almería, en el que tuvo su entrada el día 17 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 presidente de la Junta Rectora de la S. A. T. «Hortasol, S.A. T.», esta última titular de más del 5 % del capital social de «Cultivos Artalejo, S.L.», (concretamente, titular del 49 %), 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 del socio por medio de escrito de fecha 29 de enero de 2019, suscrito por don …… en su condición de administrador único de la sociedad, según manifiesta, alegando, en esencia, que en la próxima junta general de la sociedad sería incluido un punto en el orden del día relativo al nombramiento de auditor, así como el gasto innecesario y no justificado que supondría para la sociedad el nombramiento de un nuevo auditor por el Registro Mercantil.

III

El registrador mercantil de Almería, don Gustavo Adolfo Moya Mir, dictó resolución de fecha 1 de febrero de 2019, por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don …… administrador único de la sociedad, por escrito de fecha 7 de febrero de 2019, que tuvo entrada el día 14 del mismo mes en el Registro Mercantil de Almería, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando las alegaciones de su escrito de oposición, a las que añade la de 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, 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 del socio 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 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 com-

petente sin que puedan impedir que el socio ejercite debidamente el derecho que le reconoce el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. 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 2018.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Almería, don Gustavo Adolfo Moya Mir, de fecha 1 de febrero 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, que pone fin a la vía administrativa conforme al artículo 114.1. a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, podrá ser impugnada ante los juzgados y tribunales competentes del orden jurisdiccional civil.

Madrid, 13 de marzo de 2019 (1.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Almería.

Resolución de 13 de marzo de 2019 (2.ª)

En el expediente 17/2019 sobre nombramiento de auditor por concurrir circunstancias extraordinarias a instancia de la sociedad «Numulae Gestión de Servicios Socimi, S.A.».

HECHOS

I

Por el Registro Mercantil de Madrid VIII se remite a esta Dirección General de los Registros y del Notariado escrito de don ……, como apoderado de la mercantil «Numulae

Gestión de Servicios Socimi, S.A.», en el que 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 «Crowe Servicios de Auditoría, S.L.P.» para que, efectúe la verificación de las cuentas anuales consolidadas de la mercantil en cuestión correspondientes al ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2018.

II

De dicha solicitud se desprende, en esencia:

1.º Que la citada sociedad está obligada a la verificación de las cuentas anuales y del informe de gestión tanto individuales como consolidadas por auditor de cuentas.

2.º Que ha finalizado el ejercicio a auditar y no ha sido nombrado auditor de cuentas para las cuentas anuales consolidadas del ejercicio 2018 por la Junta.

III

El registrador mercantil de Madrid VIII en su escrito de remisión del expediente a este Centro Directivo, se limita, básicamente, a hacer constar la entrada en dicho registro de la solicitud de nombramiento con arreglo al artículo 356 del Reglamento Registro Mercantil, a recoger las manifestaciones del solicitante y a remitir la misma a esta Dirección General.

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 regu-

lación. Sin embargo, esta aparente falta de claridad viene sobradamente compensada por el propio artículo si tenemos en cuenta:

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

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

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

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

A la luz de las consideraciones anteriores, del escrito de solicitud en cuestión, limitado a la manifestación de la obligación de verificación y el transcurso del plazo sin nombramiento, y en los términos que el mismo se expresa, así como del contenido del escrito de remisión del Registro Mercantil de Madrid, no se aprecia circunstancia especial alguna que justifique la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor, ni por volumen y movimiento económico de la sociedad ni por otras circunstancias especiales según se ha expuesto, por lo que:

En su virtud, esta Dirección General resuelve:

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

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

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

Madrid, 13 de marzo de 2019 (2.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Almería.

Resolución de 14 de marzo de 2019 (1.ª)

En el expediente 16/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Macobasa, S.L.».

HECHOS

I

Doña …… presentó escrito de fecha 2 de enero de 2019 dirigido al Registro Mercantil de Tarragona, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5 % del capital social «Macobasa, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

II

Traslada la petición a la sociedad, no consta en este expediente oposición de la misma al nombramiento solicitado.

III

El registrador mercantil de Tarragona dictó resolución por la que acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor presentada, resolviendo la procedencia del mismo.

IV

Don ……, en nombre y representación de la sociedad, por escrito de fecha 7 de febrero de 2019, interpuso recurso contra dicha resolución, alegando, en esencia, el coste de la auditoría de las cuentas anuales y la precaria situación económica de la sociedad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 196, 197, 265.2 y 272 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. El recurso, en los términos que está planteado, no puede prosperar. Así, en cuanto al motivo de alegación basado en el coste económico que la petición comporta para la sociedad, de modo que, según manifiesta el recurrente, la sociedad se encuentra en un momento de precaria situación económica, 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, integrados esencialmente por el importe de los honorarios profesionales o, como es el presente caso, la expresa alegación de precaria situación económica de la sociedad (art. 267 de la Ley de Sociedades de Capital), no puede ser estimada, pues de acuerdo con el artículo 265 del mismo texto legal, dichos costes corren a cargo de la sociedad. Como ha reiterado este Centro (resoluciones de 27 de febrero de 2013, 31 de enero de 2014, 16 de marzo de 2016, 8 y 12 de julio de 2016, entre otras, y como más recientes) el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital no deja margen a la interpretación, por lo que con independencia de cuales sean las condiciones económicas de la sociedad y el perjuicio económico alegado, se impone el derecho individual del socio a conocer el estado contable de la sociedad y a su verificación por auditor nombrado por el Registro Mercantil.

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 Tarragona, don Juan Enrique Ballester Colomer, de fecha 15 de enero 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, que pone fin a la vía administrativa conforme al artículo 114.1. a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, podrá ser impugnada ante los juzgados y tribunales competentes del orden jurisdiccional civil.

Madrid, 14 de marzo de 2019 (1.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador mercantil de Tarragona.

Resolución de 14 de marzo de 2019 (2.ª)

En el expediente 24/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Nogueras Centro de Gestión, S.L.».

HECHOS

I

Doña …… presentó escrito de fecha 16 de enero de 2019 dirigido al Registro Mercantil de Granada, en el que tuvo su entrada el día 17 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 «Nogueras Centro de Gestión, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

II

La sociedad se opuso a la pretensión de la socia por medio de escrito de fecha 25 de enero de 2019 alegando, en esencia, que la sociedad en todo momento ha puesto a disposición de la socia toda la contabilidad y documentación correspondientes al ejercicio que se pretenden auditar, con lo que considera improcedente la solicitud de la interesada.

III

La Registradora Mercantil de Granada II, María Cristina Palma López, dictó resolución de fecha 1 de febrero de 2019, por la que acordó no admitir la oposición y estimar la solicitud de nombramiento de auditor presentada.

IV

Don ……, en nombre y representación de la sociedad, en su condición de administrador de la misma, por escrito de fecha 19 de febrero de 2019, que tuvo entrada el día 21 en el Registro Mercantil, interpuso recurso contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos, añadiendo, además, que los gastos que conllevaría dicha auditoría podrían producir un perjuicio económico a la mercantil, al desconocer el importe de los mismos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 196, 197, 265.2 y 272 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1.–En primer lugar, y por lo que se refiere a la alegación del supuesto conocimiento de la marcha de la sociedad por parte de la solicitante al haber puesto la sociedad a disposición de la socia la información solicitada, así como toda la contabilidad y documentación correspondientes al ejercicio que se pretenden auditar, 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.* arts. 196 y 197 en relación con los artículos 253 y 272 de la Ley de

Sociedades de Capital). Téngase en cuenta que el objeto de este expediente no es determinar si el socio minoritario puede acceder o no a la información contable sino si tiene derecho a que se designe un auditor a fin de obtener una opinión técnica, independiente e imparcial sobre si las cuentas «expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación» (art. 1 del Real Decreto Legislativo 22/2015, de 21 de julio por el que se aprueba la Ley de Auditoría de Cuentas).

2. En cuanto al motivo de alegación basado en el coste económico que la petición comporta para la sociedad, en concreto, que los gastos que conllevaría dicha auditoría podrían producir un perjuicio económico a la mercantil, al desconocer el importe de los mismos, es cuestión sobre la que este Centro Directivo también ha tenido ocasión de pronunciarse en numerosas ocasiones. Así, alegaciones como las relativas a la situación económica de la sociedad, falta de tesorería para hacer frente a la auditoría, costes de la verificación contable, integrados esencialmente por el importe de los honorarios profesionales o, como es el presente caso, la expresa alegación del perjuicio económico que la petición comportaría para la sociedad (art. 267 de la Ley de Sociedades de Capital), no puede ser estimada, pues de acuerdo con el artículo 265 del mismo texto legal, dichos costes corren a cargo de la sociedad. Como ha reiterado este Centro (resoluciones de 27 de febrero de 2013, 31 de enero de 2014, 16 de marzo de 2016, 8 y 12 de julio de 2016, entre otras, y como más recientes) el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital no deja margen a la interpretación, por lo que con independencia de cuales sean las condiciones económicas de la sociedad y el perjuicio económico alegado, se impone el derecho individual del socio a conocer el estado contable de la sociedad y a su verificación por auditor nombrado por el Registro Mercantil.

3.–Lo anterior, unido al cumplimiento por 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 de la Registradora Mercantil de Granada II, María Cristina Palma López, de fecha 1 de febrero de 2019, por la que estima la solicitud de nombramiento de auditor.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa conforme al artículo 114.1. a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento

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

Madrid, 14 de marzo de 2019 (2.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sra. Registradora Mercantil de Granada II.

Resolución de 14 de marzo de 2019 (3.ª)

En el expediente 25/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Estudios Nyala, S.L.».

HECHOS

I

Doña …… presentó escrito de fecha 14 de enero de 2019 dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 21 del mismo mes de enero, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5 % del capital social de «Estudios Nyala, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

II

La sociedad se opuso a la pretensión de la socia por medio de escrito de fecha 31 de enero de 2019 que tuvo su entrada en el Registro Mercantil el día 4 de febrero de 2019 alegando, en esencia, tener ya auditor nombrado.

III

El registrador mercantil de Madrid XXI, don Jesús M.ª del Campo Ramírez, dictó resolución de fecha 5 de febrero de 2019, por la que resuelve estimar la oposición de la sociedad, sin que proceda el nombramiento de auditor de cuentas solicitado, al figurar ya un auditor inscrito para el ejercicio que se solicita; en concreto, constando inscrito el nombramiento por la inscripción 5.ª de la hoja social, practicada con fecha 29 de enero de 2019, tras su presentación el día 27 de diciembre de 2018 y subsanada el día 23 de enero siguiente.

IV

Doña ……, por escrito de fecha 26 de febrero de 2019, que tuvo entrada el día 1 de marzo del mismo año en el registro mercantil, interpuso recurso contra dicha resolución, aduciendo como motivo de recurso que la actuación de la mercantil para el nombramiento del auditor de cuentas se ha adoptado con mala fe, abuso de derecho y fraude de ley.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 196, 197, 265.2 y 272 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, 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 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, como anticipa el registrador en su resolución. 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 la socia presenta su solicitud en el Registro Mercantil en fecha 14 de enero de 2019 y, por otro, que la sociedad acredita que nombró auditor voluntario para el mismo ejercicio con carácter previo a la solicitud, el cual fue finalmente inscrito bajo la inscripción 5.ª de la hoja social, practicada con fecha 29 de enero de 2019, tras su presentación el día 27 de diciembre de 2018 y subsanada el día 23 de enero siguiente, como resulta de la propia resolución registral recurrida.

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

3. El recurso no puede prosperar ya que ha quedado acreditado tanto el nombramiento anterior, como resulta de la propia resolución registral que forma del expediente, así como su inscripción registral. En este sentido conviene recordar el estrecho contenido del presente expediente que se limita a examinar la concurrencia o no de los requisitos objetivos que determinen la procedencia del nombramiento de auditor a instancia del socio minoritario, sin que puedan dirimirse en el seno del mismo cualesquiera otras cuestiones, reservadas, en su caso, al correspondiente procedimiento judicial.

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

En consecuencia, este Centro Directivo no puede valorar la conducta de la sociedad tal como pretende la recurrente. El objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital prevé para que se acuerde la pertinencia de nombramiento de auditor a instancia de la minoría. La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la Constitución Española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid XXI, don Jesús M.ª del Campo Ramírez, de fecha 5 de febrero de 2019, por la que resuelve estimar la oposición de la sociedad, sin que proceda el nombramiento de auditor de cuentas solicitado, al figurar ya un auditor inscrito para el ejercicio que se solicita.

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

Madrid, 14 de marzo de 2019 (3.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de Madrid XXI.

Resolución de 14 de marzo de 2019 (4.ª)

En el expediente 29/2019 sobre nombramiento de auditor por concurrir circunstancias extraordinarias a instancia de la sociedad «Global Coruscant, S.L.».

HECHOS

I

Por el Registro Mercantil de Madrid III se remite a esta Dirección General de los Registros y del Notariado escrito de don ……, como Secretario del Consejo de Administración de la mercantil «Global Coruscant, S.L.», en el que 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 «Ernst&Young, S.L.» para que, efectúe la verificación de las cuentas anuales consolidadas de la mercantil en cuestión correspondientes a los ejercicios 2017, 2018 y 2019.

II

De dicha solicitud se desprende, en esencia:

1.º Que la citada sociedad está obligada a la verificación de las cuentas anuales y del informe de gestión por auditor de cuentas.

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

III

El registrador mercantil de Madrid III en su escrito de remisión del expediente a este Centro Directivo, se limita, básicamente, a hacer constar la entrada en dicho registro de la solicitud de nombramiento con arreglo al artículo 356 del Reglamento Registro Mercantil, a recoger las manifestaciones del solicitante y a remitir la misma a esta Dirección General.

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.

A la luz de las consideraciones anteriores, del escrito de solicitud en cuestión, limitado a la manifestación de la obligación de verificación y el transcurso del plazo sin nombramiento, y en los términos que el mismo se expresa, así como del contenido del escrito de remisión del Registro Mercantil de Madrid, no se aprecia circunstancia especial alguna que justifique la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor, ni por volumen y movimiento económico de la sociedad ni por otras circunstancias especiales según se ha expuesto, por lo que esta Dirección General resuelve:

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

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

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa conforme al artículo 114.1. a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento

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

Madrid, 14 de marzo de 2019 (4.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de Madrid III.

Resolución de 20 de marzo de 2019 (1.ª)

En el expediente 3/2019 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Otea Planes y Proyectos, S.L.P.».

HECHOS

I

Don M. A. L. R. presentó un escrito de fecha 15 de octubre de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Lugo, en el que solicitó, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio de «Otea Planes y Proyectos, S.L.P.», el nombramiento de un experto para que proceda a la determinación del valor razonable de las participaciones como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación.

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

a) Que es socio profesional de la mercantil Otea Planes y Proyectos S.L.P. a la que ha notificado por medio de burofax en fecha 6 de julio de 2017 el ejercicio de su derecho de separación.

b) Que ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo sobre el valor de las participaciones de que es titular solicita la designación de un experto independiente al amparo de la previsión del 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 solicitud debe ser desestimada pues el solicitante carece de la condición de socio. Que en fecha 6 de julio de 2017 notificó a la sociedad el ejercicio de su derecho de separación y su cese como administrador. Que la posibilidad contemplada en el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital no ampara a quien voluntariamente renuncia a su condición de socio sin posponer su decisión a la valoración de su participación social y sin perjuicio de su derecho a acudir a la jurisdicción ordinaria. 2.º Con carácter subsidiario entiende la sociedad que el ejercicio del derecho se hace en fraude de ley. Que en el burofax que en su día se notificó el derecho de separación se propuso llevar a cabo una valoración consensuada, propuesta con la que la sociedad estaba de

acuerdo. Sin embargo, nunca se llevó a cabo una propuesta de valoración e incluso en fecha 4 de septiembre de 2017 se solicitó por el socio documentación que le fue entregada. Que a día de hoy los peritos designados por las partes están en conversaciones sin que se hayan podido establecer los criterios de valoración. Prueba de lo anterior es que el solicitante no ha aportado al Registro mercantil escrito alguno con propuesta de valoración. Que, habiendo convenido una valoración consensual, la solicitud viola el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y supone un fraude de Ley. Que el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital exige que haya existido una falta de acuerdo lo que no concurre. Que la maniobra del solicitante incurre en manifiesta mala fe intentando cargar en la sociedad los gastos de valoración.

III

La Registradora Mercantil de Lugo, doña María Núñez Núñez dictó resolución en fecha 8 de noviembre de 2018 por la que acordó inadmitir la oposición y resolver la procedencia del nombramiento del experto solicitado para la determinación del valor razonable de las participaciones de acuerdo con el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil.

IV

Doña B. Y. J., como administradora, por escrito de fecha 14 de diciembre de 2018, que tuvo entrada el día 19 inmediato posterior en el Registro Mercantil de Lugo, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se han hecho constar más arriba.

Por su parte don M. A. L. R. aporta escrito de fecha 9 de enero de 2019 en el que se reafirma en su derecho a que se designe experto independiente al amparo del 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 y 11 de junio de 2018.

1. Ejercitado por socio de una sociedad de responsabilidad limitada el derecho de separación al amparo de la previsión del artículo 13 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales, la sociedad se opone en los términos que resultan de los hechos. La Registradora Mercantil desestima la oposición y la sociedad recurre.

2. El recurso no puede prosperar pues ninguno de los motivos aducidos por la sociedad enerva la posición jurídica del socio y su derecho a solicitar el experto a que se refiere el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital.

En relación al primer motivo, la falta de legitimación del socio que ha ejercitado su derecho de separación por carecer de la condición de socio, se trata de una afirmación insostenible. Esta Dirección General ha tenido ocasión de pronunciarse en sede de recursos en materia de auditores sobre la posición jurídica que ostenta el socio que ejerce el derecho de separación 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 (ambas además en supuestos de ejercicio en sociedades profesionales), sin necesidad de entrar en la polémica doctrinal sobre cuál es la naturaleza y alcance de la posición jurídica del socio que ejercita su derecho de separación o de cuál es el momento exacto en que pierde tal condición, lo cierto es que de la regulación contenida en la Ley de Sociedades de Capital resulta con claridad que desde el momento en que ejerce su derecho a separarse de la sociedad la protección de su posición jurídica se dirige a 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.

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

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, es patente que procede la designación de experto independiente con independencia de cuál sea en ese periodo intermedio, hasta la restitución del valor, la posición del socio que ha ejercitado el derecho de separación.

Como resulta de modo patente del artículo 13.1 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales: «Los socios profesionales podrán separarse de la sociedad constituida por tiempo indefinido en cualquier momento. El ejercicio del derecho de separación habrá de ejercitarse de conformidad con las exigencias de la buena fe, siendo eficaz desde el momento en que se notifique a la sociedad.»

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 en sede de sociedades profesionales, 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 para cuya satisfacción el ordenamiento pone a su disposición el procedimiento establecido en el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital.

3. Igual destino merece el segundo motivo que aduce fraude ley derivado de un eventual acuerdo de las partes para llevar a cabo una valoración convenida.

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 como no lo es pretender que la existencia de negociaciones previas impone su culminación. Someter al socio que ejerce su derecho a un trámite no regulado en modo alguno, no lleva sino a la postergación del ejercicio de su derecho y a la sumisión a la voluntad de la sociedad que puede retrasar la satisfacción del socio sin causa que lo justifique. Quedaría así en manos de la sociedad el ejercicio de un derecho que el ordenamiento reconoce al socio sin que resulte para este, beneficio alguno.

En definitiva, el procedimiento de designación de experto independiente a que se refiere el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil debe tramitarse sin necesidad de exigir al solicitante que acredite la existencia de conversaciones o propuestas previas a la sociedad pues la mera presentación de la solicitud es prueba suficiente de la voluntad del socio que se separa de que sea un experto independiente el que lleve a cabo la determinación del valor razonable de su participación en la sociedad, de acuerdo al procedimiento que estime más conforme con la situación.

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

Si la sociedad considera que de 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 Adminis-

tración 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).

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la Registradora Mercantil de Lugo, doña María Núñez Núñez de fecha 8 de noviembre de 2018.

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

Madrid, 20 de marzo de 2019 (1.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Lugo.

Resolución de 20 de marzo de 2019 (2.ª)

En el expediente A-019 sobre nombramiento de auditor por concurrir circunstancias extraordinarias a instancia de la sociedad «Iniciativas Culturales de España, S.L.»,

HECHOS

I

Por el Registro Mercantil de Madrid XXIII se remite a esta Dirección General de los Registros y del Notariado escrito de don ……, como vicesecretario no consejero, debidamente facultado por el consejo de administración de la mercantil «Iniciativas Culturales de España, S.L.», en el que 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 «Pricewaterhousecoopers Auditores, S.L.» para que, efectúe la verificación de las cuentas anuales de la mercantil en cuestión correspondientes al ejercicio 2017.

II

De dicha solicitud se desprende, en esencia:

1.º Que la citada sociedad está obligada a la verificación de las cuentas anuales y del informe de gestión por auditor de cuentas.

2.º Que ha finalizado el ejercicio a auditar y no ha sido nombrado auditor de cuentas por la Junta General de socios de la sociedad para la verificación de sus cuentas anuales individuales.

III

El registrador mercantil de Madrid XXIII en su escrito de remisión del expediente a este Centro Directivo, se limita, básicamente, a hacer constar la entrada en dicho registro de la solicitud de nombramiento con arreglo al artículo 356 del Reglamento Registro Mercantil, a recoger las manifestaciones del solicitante, los antecedentes registrales en relación con las cuentas consolidadas, y a remitir la misma a esta Dirección General.

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.

A la luz de las consideraciones anteriores, del escrito de solicitud en cuestión, limitado a la manifestación de la obligación de verificación y el transcurso del plazo sin nombramiento, y en los términos que el mismo se expresa, así como del contenido del escrito de remisión del Registro Mercantil de Madrid, no se aprecia circunstancia especial alguna que justifique la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor, ni por volumen y movimiento económico de la sociedad ni por otras circunstancias especiales según se ha expuesto, por lo que, en su virtud, esta Dirección General resuelve:

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

2.º Ordenar al Registrador Mercantil de Madrid XXIII, proceda al nombramiento de auditor de cuentas de la sociedad «Iniciativas Culturales de

España, S.L.» por el procedimiento ordinario, previsto y regulado en el artículo 355 del Reglamento del Registro Mercantil.

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

Madrid, 20 de marzo de 2019 (2.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de Madrid XXIII.

Resolución de 28 de marzo de 2019 (1.ª)

En el expediente 2/2019 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Ballestas Alicante S. A.».

HECHOS

I

Doña M. B. E. presentó un escrito de fecha 9 de noviembre de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Alicante, en el que solicitó, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio de «Ballestas Alicante S. A.», el nombramiento de un experto para que proceda a la determinación del valor razonable de las acciones como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación.

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

a) Que la sociedad celebró junta general ordinaria para la aprobación de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017. De acta notarial autorizada por el notario de Alicante don José Nieto Sánchez el día 28 de junio de 2018 resulta que en dicha fecha se celebró la junta general de la sociedad con asistencia entre capital presente y representado del 93,75 % del total. Del acta resulta que, sometida la propuesta de aplicación del resultado consistente en su destino a la compensación de pérdidas de ejercicios anteriores, el representante de quien hoy actúa como solicitante votó en contra. Además, solicita que se someta a votación la propuesta de aplicación a dividendo de la totalidad del beneficio o, al menos, de un tercio haciendo constar que la propuesta del consejo de administración vulnera su derecho a la percepción de dividendos. La propuesta es rechazada. Del informe sobre el balance del ejercicio 2017 que consta unido a la escritura resulta que el resultado del ejercicio fue de 15.606,67 euros positivos.

b) Mediante carta de fecha 25 de julio de 2018 remitida por burofax entregado el mismo día, la hoy solicitante notifica a la sociedad el ejercicio de su derecho de separación.

c) Mediante carta de fecha 6 de noviembre entregada por burofax el día 8 del mismo año, la solicitante notifica a la sociedad su ratificación en el ejercicio del derecho con propuesta de valoración y rechazo de la convocatoria de junta general extraordinaria que ha recibido con posterioridad a la anterior carta.

II

Previo traslado de la solicitud por parte del Registro Mercantil, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que con carácter previo a la celebración de la junta la socia hoy instante había solicitado determinada información que se le suministró. Que en la memoria correspondiente y que se le suministró a la socia se señalaba en el apartado aplicación del beneficio su destino a la compensación de pérdidas de ejercicios anteriores de conformidad con las instrucciones de la junta general celebrada en 2016 y en la que así se acordó sin el voto en contra de ninguno de los accionistas. Que es sorprendente que la accionista teniendo conocimiento de la existencia de beneficio por primera vez en 7 años proponga su separación de la sociedad en claro perjuicio del interés social. Que la sociedad se opone por infringir el interés social y por abuso de derecho pues al no recibir un dividendo que asciende a unos 800 euros se le permitiría separarse para obtener una cantidad muy superior conforme a la valoración unilateral que la propia socia lleva a cabo. Que la sociedad entiende que el derecho al dividendo no ha sido conculcado pues se adoptó el pago de un dividendo en junta extraordinaria una vez desaparecido o reducido el conjunto de desarreglos estructurales sociales y económicos de la empresa.

Acompañan a su escrito copia del acta de presencia autorizada por el notario de Alicante doña Begoña Núñez Sánchez como sustituta de su compañero don José Nieto González el día 27 de diciembre de 2017. De la diligencia del mismo día resulta que la junta aprobó con el voto favorable de cinco socios que representan el 62,5 % del capital social y la abstención de otros tres que representan el 37,5 %, aplicar el resultado del ejercicio 2016 con cargo a beneficios futuros modificando la propuesta inicial que era destinarlo a reservas.

III

La Registradora Mercantil de Alicante núm. 4, doña María Pilar Planas Roca dictó resolución en fecha 30 de noviembre de 2018 por la que acordó inadmitir la oposición y resolver la procedencia del nombramiento del experto solicitado para la determinación del valor razonable de las acciones de acuerdo con el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil.

IV

Don J. M. B, como presidente del Consejo, doña B. G. G., como vicepresidente y doña M. D. M. B., como secretaria, por escrito de fecha 2 de enero de 2019, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Alicante, interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a, resumidamente, los siguientes argumentos: Que la resolución de la registrador presume, por el mero hecho de la presentación de la solicitud, que no existe acuerdo entre las partes para la designación de auditor *(sic)*.

Que se estima que la prueba de las presunciones requiere una lógica consecuencia entre el hecho conocido y la verdad que se pretende. Que no ocurre así en el supuesto de hecho pues del resultante no resulta acreditado acuerdo alguno sobre el ejercicio del derecho siendo los Tribunales de Justicia los que deben pronunciarse sobre las discrepancias entre las partes. Que lo realmente existente es una controversia sobre el derecho de separación por lo que la registradora no debe pronunciarse privando a la parte de los derechos que la amparan como los relativos al equilibrio entre posiciones, presentación de medios homogéneos respecto al hecho controvertido y, sobre todo, derecho de igualdad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; artículos 346, 348, 348 bis, 349 y 353 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital; y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil; las sentencias del Tribunal Supremo 32/2006, de 23 de enero y 63/2011, de 28 de febrero; y las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de enero de 2011, 4 de febrero de 2013, 25 de julio, 17 de septiembre y 3 de noviembre de 2014, 21 de enero y 14 de mayo de 2015, 20 de septiembre, 23 de octubre, 16, 27 y 28 de noviembre, 4, 11, 22 y 28 de diciembre de 2017, 8, 16, 22, 26 y 31 de enero y 1, 7, 12, las tres del día 13, las tres del día 22, 28 de febrero, 26 de marzo, 9 de abril, 4, 16 y 22 de mayo y 11 de junio de 2018.

1. Solicitada por una socia de sociedad anónima la designación de experto independiente al amparo de la previsión de los artículos 348 bis y 353 de la Ley de Sociedades de Capital, la registradora estima la solicitud. La sociedad recurre fundamentando su escrito en un único motivo: que no resultando que ambas partes consientan en la existencia del derecho de separación procede un pronunciamiento de los Tribunales. Que de otro modo se priva a la sociedad de elementales derechos que le amparan.

2. La cuestión así planteada ha sido objeto de reiterada atención por parte de esta Dirección General que tiene una dilatada doctrina al respecto.

De acuerdo con dicha doctrina, el argumento resulta 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 desti-

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

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 y alguna otra), 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 348 bis 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 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…»

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 procedimien-

tos 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).

Así ocurre en el expediente que da lugar a la presente. La sociedad afirma que se opone tajantemente a la existencia del derecho de separación por parte de la socia. La sociedad ejercita así el derecho de oposición que le reconoce el ordenamiento jurídico en el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil, pero su oposición, que es el trámite legalmente previsto para que fije su postura, ni impide la tramitación del expediente ni implica su suspensión al no resultar acreditado ni la existencia de un procedimiento arbitral o jurisdiccional ni que la resolución que pueda recaer afecte a la presente.

Tampoco es sostenible la afirmación de que su posición jurídica se ve perjudicada ante la ausencia de una resolución judicial (resolución que la parte no acredita haber buscado mediante el ejercicio de la oportuna acción en la que se discuta la procedencia del derecho de separación). Como ha quedado acreditado en las consideraciones anteriores, la sociedad ha tenido en el procedimiento administrativo la posición jurídica prevista en el ordenamiento y ha tenido ocasión de ejercer su derecho de oposición y de recurso, teniendo además abierta la vía jurisdiccional en defensa de su posición jurídica.

Procede, en definitiva, la desestimación del recurso.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la Registradora Mercantil de Alicante núm. 4, doña María Pilar Planas Roca de fecha 30 de noviembre de 2018.

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

Madrid, 28 de marzo de 2019 (1.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sra. Registradora de Alicante.

Resolución de 28 de marzo de 2019 (2.ª)

En el expediente 7/2019 sobre sustitución de liquidador a instancia de un acreedor de «Pronorte Uno S. A., en liquidación».

HECHOS

I

Don F. M. P., actuando en representación de la sociedad Iberdrola Inmobiliaria S. A., presentó un escrito de fecha 10 de octubre de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que solicitó, al amparo del artículo 389 de la Ley de Sociedades de Capital y como acreedor de «Pronorte Uno S. A., en liquidación», la sustitución del liquidador en su día designado, don C. F. G., como consecuencia de la excesiva duración de la liquidación.

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

a) Que la sociedad a quien representa es acreedora de la sociedad «Pronorte Uno S. A., en liquidación» como resulta del Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valladolid.

b) Que la sociedad «Pronorte Uno S. A.» adoptó el acuerdo de disolución el día 29 de septiembre de 2015 habiendo transcurrido más de tres años desde dicha fecha.

c) Que en fecha 15 de septiembre de 2017 fue designada interventora de la liquidación la señora doña A. G. V., constando inscrito su nombramiento en la hoja registral de la sociedad.

d) Que la sociedad a quien representa no ha recibido en todo el periodo información alguna del órgano de liquidación, tal y como resulta del artículo 388.1 de la Ley de Sociedades de Capital, pese a haberle requerido al efecto. Que mediante burofax de fecha 15 de marzo de 2018 requirió al liquidador el cumplimiento de sus obligaciones. Que mediante burofax de fecha 25 de julio de 2018 reitero el requerimiento. Que el liquidador de la sociedad le contestó mediante contestación de fecha 18 de septiembre de 2018 que fue contestada por Iberdrola Inmobiliaria S. A., en fecha 10 de octubre de 2018.

e) Que no constan depositadas las cuentas correspondientes al ejercicio 2016. Que tampoco han sido sometidas a aprobación de la junta general las cuentas anuales correspondientes al ejercicio cerrado el día 31 de diciembre de 2017.

f) Que como resulta del acta notarial que documenta la junta general de fecha 17 de noviembre de 2016, el liquidador no presentó a la misma el informe pormenorizado a que se refiere el artículo 388 de la Ley de Sociedades de Capital.

g) Que la designación de interventora para la fiscalización de las operaciones de liquidación revela que al menos un porcentaje del veinte por ciento del capital social lo ha considerado necesario, solicitándose que se le dé audiencia.

h) Que han de ser asimismo considerados los siguientes hechos: 1.º Que la sociedad Pronorte Uno S. A., en liquidación ha entablado distintos procedimientos contra Iberdrola Inmobiliaria Uno S. A., la mayoría durante el periodo de liquidación, que han sido desestimados y han terminado en la condena en costas de la actora. 2.º Que la Agencia Tributaria ha iniciado procedimientos contra «Pronorte Uno S. A., en liquidación» contra una finca de la que ambas sociedades son copropietarias sin que esta última haya informado en ningún momento a aquella. 3.º Que la existencia de acreedores con créditos vencidos, líquidos y exigibles determina el incumplimiento del liquidador de instar el procedimiento concursal de conformidad con el artículo 5 de la Ley Concursal.

II

Previo traslado de la solicitud por parte del Registro Mercantil, la sociedad por medio de su liquidador se opuso a la pretensión del socio alegando: Que el cómputo de los 3 años a que se refiere el artículo 388 de la Ley de Sociedades de Capital debe computarse desde su aceptación que se produjo el día 27 de octubre de 2015 por lo que no será hasta el 10 de octubre de 2018 que se cumpla el plazo. Que la presentación de la solicitud con anterioridad a dicha fecha acredita la falta de objetividad, deslealtad procesal y falta de buena fe del solicitante. Que la citada Ley no fija un plazo para llevar a cabo la liquidación, sino que fija una sanción para el caso de dilación injustificada. Que entre las numerosas gestiones judiciales y no judiciales llevadas a cabo la última ha sido la presentación de demanda contra determinado banco por nulidad de contrato de swap. Que con tales antecedentes: 1.º Que partiendo del balance inicial del proceso liquidatorio de fecha 29 de diciembre de 2015 se puede comprobar: a) Que, dada la actividad inmobiliaria de la sociedad, la mayor partida de pasivo se corresponde a deuda con entidades bancarias siendo el principal acreedor la Sareb (por importe de más de 58 millones de euros), el banco BBVA (por importe de más de 2 millones de euros), y el banco de Sabadell. Que en aquel momento la sociedad hoy solicitante no era acreedora sino en todo caso deudora. Que la sociedad Iberdrola Inmobiliaria S. A. vendió una finca solar edificable a «Pronorte Uno S. A.», por precio de 3.030.000 euros recibidos cuya calificación urbanística es hoy rústica a pesar de los procedimientos entablados contra el Ayuntamiento de Valladolid. Que dicha compraventa ha sido el origen de distintos procedimientos entre las dos sociedades de cuya resolución final dependerá en gran medida el resultado de la liquidación. Que aparte dicho pasivo también se encontraba la deuda por IBI y una deuda con la Agencia Tributaria. Que los activos de la sociedad se integraban por las promociones hipotecadas y por la finca adquirida a Iberdrola Inmobiliaria S. A. Que del informe elaborado el día 3 de septiembre de 2018 y presentado en fecha 26 de septiembre a la junta general de accionistas resultan las siguientes gestiones: En cuanto a las fincas ubicadas en la localidad de Griñón se han llevado a cabo gestiones de venta ninguna de las cuales ha fructificado en una oferta que permita la cancelación de la deuda con la Sareb. En cuanto a las 36 viviendas de Ambite se encuentran ocupadas ilegalmente lo que ha dado lugar a distintas denuncias ante la guardia civil sin que en tales cir-

cunstancias se hayan podido enajenar. Que de los procedimientos instados ante los Juzgados de Arganda del Rey algunos están pendientes de resolución. Que gracias a dichas actuaciones sólo continúan ilegalmente ocupadas tres viviendas. Que en cuanto a la promoción Estepona I, la oferta mayor que se ha recibido por importe de 10 millones de euros no ha sido aceptada por la Sareb. Que en cuanto a la promoción Estepona II, tampoco se ha recibido oferta susceptible de aceptación por parte del Sareb por cuya indicación se ha encargado a la sociedad Altamira la gestión de venta. Que debido a la falta de liquidez de la sociedad se han impagado algunos IBIS que se espera poder satisfacer cuando se vayan produciendo la enajenación de alguna de las fincas. Que se han mantenido distintas conversaciones con la Sareb para fijar posturas y acciones a seguir. Que al no haber encontrado compradores con postura que satisficiera a la propia Sareb, esta ha iniciado la ejecución judicial de sus hipotecas. Que en cuanto a la promoción situada en Pelabravo, se llegó a un acuerdo en fecha 13 de septiembre de 2017 con el BBVA que aceptaba la dación en pago de dos de las fincas hipotecadas lo que se llevó a cabo mediante escritura de la misma fecha. Que, en cuanto a otras fincas con embargo en ejecución de terceros, se llegó a su finalización y a la satisfacción de una cantidad de 2.750.000 euros al BBVA. En cuanto al edificio sito en Recas, no se ha encontrado comprador interesado. En cuanto a las parcelas sitas en Calvarrasa, Pronorte Uno S. A., entrego determinada cantidad en concepto de arras para su compra. La sociedad vendedora incumplió su obligación y entró en concurso sin que finalizados sus trámites se haya recibido cantidad alguna. Que en cuanto a la finca de Valladolid adquirida de Iberdrola Inmobiliaria S. A. se han seguido determinados procedimientos que han finalizado denegando la solicitud de Pronorte Uno S. A., de resolver el contrato de compraventa. Que Iberdrola Inmobiliaria S. A. tiene abierto un procedimiento contencioso por la calificación de dicha finca cuya resolución tiene también influencia en la liquidación de la sociedad. Que entiende el liquidador que cuando recaiga sentencia firme sobre la calificación de la finca se podrá tomar una decisión sobre la posible revisión del precio tal y como se pactó en su adquisición. En cuanto a los terrenos de Ciempozuelos se están manteniendo reuniones con el Ayuntamiento en relación al desarrollo del plan urbanístico vigente, así como con la representación de las sociedades que en su día vendieron para intentar un acuerdo extrajudicial. Que en cuanto al pasivo existente con el Banco de Sabadell se han mantenido igualmente reuniones si bien sin resultados. Que se tiene conocimiento de que se han cedido determinados créditos a otra sociedad habiéndose solicitado información por si procede la aplicación del retracto de crédito litigioso. Como se ha indicado anteriormente se ha iniciado reclamación judicial. En cuanto a la deuda con el Banco Popular está suficientemente garantizada y se ha transmitido a un tercero por lo que tiene garantizado el cobro derivado de dicho acuerdo. Que aparte de la deuda ya mencionada con la Agencia Tributaria, que tiene garantías sobre la finca de Valladolid, existen deudas con distintos Ayuntamientos, así como las derivadas del pleito con la sociedad hoy actuante y otra, que forman parte del pasivo y cuya liquidación dependerá de la evolución de los hechos que se han hecho constar. Que todos los acreedores han estado puntualmente informados de las acciones que en relación a sus créditos se iban realizando por lo que es infundada la afirmación que al respecto hace la sociedad actuante. Que es cierto que en la Junta celebrada el día 17 de noviembre de 2016 (que aprobó las cuentas de 2015), no se había emitido el oportuno informe de liquidación, pero hay que tener en cuenta que se tomó posesión del cargo días antes. En cuanto a las cuentas de 2016 se aprobaron en junta de fecha 27 de diciembre de 2017 según resulta del acta notarial en que se documentó, con el 66,66 % de los votos correspondientes al capital a favor. Que solicitado el depósito de las cuentas no se llevó cabo por no venir acompañado del informe de auditor nombrado a instancia de la minoría, auditor que exigió una cantidad como honorarios a los que la sociedad no pudo hacer frente. Que las cuentas correspondientes al ejercicio 2017 han sido aprobadas en la junta de 26 de septiembre de 2018 como resulta del acta notarial que la documenta. Que en cuanto a los

escritos remitidos por el solicitante es cierto que el primero no se contestó porque se mantuvieron dos reuniones personales, reuniones que silencia el solicitante. Que en cuanto al segundo se contestó debidamente por el liquidador. Que es dudosa la legitimación del solicitante quien busca la sustitución del liquidador para evitar el pleito que quizás habrá de producirse en función de la sentencia que se dicte sobre la situación de la finca de Valladolid.

III

Mediante escrito de fecha 5 de noviembre de 2018 dirigido al Registro Mercantil de Madrid, la señora interventora, doña A. G. V. pone en su conocimiento que, solicitada del liquidador y obtenida determinada documentación, que consideró insuficiente, puso en conocimiento de aquél dicha circunstancia a lo que este contestó que consideraba suficiente la remitida. Que desde entonces no ha recibido mayor información por parte del liquidador. Que entre las obligaciones de este se encuentran las de presentación a depósito de las cuentas de 2016, formulación de las cuentas de 2017, convocatoria de la junta para su aprobación, concluir las operaciones pendientes y realizar las nuevas que sean precisas para la liquidación y aportar información a la interventora para que esta pueda fiscalizar su actuación. Que considera que el liquidador está incumpliendo dichas obligaciones por lo que considera conveniente el nombramiento de nuevos liquidadores.

IV

El registrador mercantil de Madrid núm. 11, don Francisco Javier Llorente Vara dictó resolución en fecha 8 de noviembre de 2018 por la que acordó inadmitir la oposición y resolver la procedencia de la sustitución del liquidador por resultar del contenido del Registro Mercantil de la sociedad tanto la apertura de la fase de liquidación, como el nombramiento de interventora como el cierre por falta de depósito de cuentas de los ejercicios 2016 y 2017, sin que dicha situación fáctica haya quedado desvirtuada por el escrito de oposición y sin que quepa entrar en otras cuestiones al estar limitado el objeto del expediente a la determinación de si procede o no la sustitución del liquidador por darse el presupuesto legal.

Solicitado por el liquidador de la sociedad el traslado del escrito de la interventora a que se ha hecho anteriormente referencia, el registrador mercantil emite nueva resolución de fecha 28 de noviembre de 2018, en la que hace constar su remisión y con expresa advertencia de que el plazo para interponer recurso ha de computarse desde su notificación, que tuvo lugar el día 4 de diciembre de 2018.

V

Don C. F. G., actuando como liquidador, por escrito de fecha 2 de enero de 2019, que tuvo entrada el día inmediato posterior en el Registro General del Ministerio de Justicia y, por remisión de este, en el Registro Mercantil de Madrid el día 15 inmediato posterior, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a, resumidamente, los siguientes argumentos: Que de la resolución del registrador mercantil resulta que el escrito aportado por la interventora de la sociedad fue decisivo en su toma de decisión. Que en contra de las afirmaciones de dicho escrito el liquidador ha cumplido puntualmente con el requerimiento de información, así como con las propias de liquidador que

han resultado complejas y dilatadas en el tiempo. Que el día 17 de octubre de 2017 se le remitió un dosier que contenía la documentación solicitada que comprendía las últimas cuentas aprobadas correspondientes al ejercicio 2016, el balance e inventario realizado por el liquidador al amparo del artículo 383 de la Ley de Sociedades de Capital, el acuerdo de pago suscrito con el BBVA, determinado correo remitido en su día a la Sareb relativo a temas relacionados con la liquidación, demanda presentada por «Pronorte Uno S. A.» contra Iberdrola Inmobiliaria S. A., así como la sentencia de primera instancia y el recurso de apelación, demanda entablada contra otras sociedades relativa a los terrenos sitos en Ciempozuelos, solicitud de concurso de «Pronorte Uno S. A.» presentada por tercero y desestimación por el Juzgado de lo Mercantil. Que de todo lo anterior resulta no ser cierto que ha faltado a su obligación de remitir información a la interventora. Que la propia señora interventora tiene reconocido el carácter complejo de la liquidación como por otra parte resultaba de la propia resolución de su nombramiento, complejidad que el registrador no ha tenido en cuenta. Que los honorarios reclamados por la interventora no se le han podido atender dada la situación de falta de liquidez de la sociedad.

VI

Mediante escrito de fecha 18 de febrero de 2019, don M. A. C. C., actuando en nombre de Iberdrola Inmobiliaria S. A., lleva a cabo las siguientes alegaciones que, de forma abreviada, son: 1.º Que el recurrente puede haber incurrido en mala fe al hacer uso indebido del trámite de alzada ante la Dirección General de los Registros y del Notariado. 2.º Que en cuanto al dies a quo del plazo de tres años debe ser el correspondiente a la apertura de la fase de liquidación. 3.º Que aún en el supuesto de que las operaciones de liquidación de la sociedad sean de especial complejidad no por ello se excluye la posibilidad de instar la separación del liquidador. Que el liquidador no ha desvirtuado ninguno de los presupuestos que la Ley de Sociedades de Capital exige para que se produzca la separación. Que el liquidador no ha proporcionado a Iberdrola Inmobiliaria S. A., la información que le ha sido requerida; no se han depositado las cuentas correspondientes al ejercicio 2016; no se han sometido a aprobación de la junta general las cuentas correspondientes al ejercicio 2017 o, al menos, no lo estaban al tiempo de instarse la solicitud; que no ha aportado prueba documental de cada una de sus afirmaciones. Que en cuanto a lo afirmado por la interventora sobre la falta de información aportada y lo alegado por el liquidador, este no ha acreditado debidamente que le haya transmitido toda la información solicitada. 3.º Que en otras sociedades se ha solicitado igualmente la destitución como liquidador del señor C. F. G.

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 371, 375, 376, 378, 380, 381, 383, 384, 385, 387, 388, 389 y 390 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital; 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil; la sentencia 866/1997, de 10 de octubre del Tribunal Supremo; auto 168/1998, de 27 de marzo de la Audiencia Provincial de La Rioja; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros

y del Notariado en sede de recursos gubernativos de 13 de febrero de 1986, 30 de marzo de 1993, 26 de enero de 1994, 29 de octubre y 20 de noviembre de 1998, 12 de febrero y 27 de noviembre de 1999, 22 de mayo y 23 de julio de 2001, 3 de marzo de 2012, 5 de marzo y 16 de octubre de 2015 y 3 de marzo y 13 de abril de 2016.

1. Constituye el objeto de este expediente, tramitado al amparo de la previsión del artículo 389 de la Ley de Sociedades de Capital, la solicitud llevada a cabo por un acreedor de una sociedad anónima en liquidación de que se lleve a cabo por parte del registrador mercantil la sustitución del liquidador en su día designado, como consecuencia de la duración excesiva de la liquidación.

2. La sociedad a que este expediente se refiere está en situación de liquidación, situación que como afirmara la Resolución de este Centro Directivo de 29 de octubre de 1998, tiene como objetivo «la determinación de la existencia o inexistencia de un remanente de bienes repartible entre los socios para, previa satisfacción de los acreedores sociales en su caso, proceder a su reparto y a la cancelación de los asientos regístrales de la sociedad, lo que hace imprescindible la formulación de un balance final que refleje fielmente el estado patrimonial de la sociedad una vez realizadas las operaciones liquidatorias que aquella determinación comporta».

Con más precisión, la Resolución de 22 de mayo de 2001 afirma que «la liquidación no es, sino un procedimiento independiente, aunque derivado de la disolución, integrado por una serie de operaciones conducentes a extinguir las relaciones jurídicas de la sociedad, tanto con terceros como con sus propios socios para culminar con la extinción definitiva de aquélla. Durante ese período la sociedad sobrevive, conservando su personalidad jurídica, pero sujeta a un status especial, por cuanto con la disolución se pone fin a su vida empresarial activa (cfr. art. 267.1 Ley de Sociedades Anónimas) para pasar a realizar las actuaciones tendentes tan sólo a lograr aquellos fines tal como resulta de la enumeración de facultades de los liquidadores contenidas en el artículo 272 de la Ley (*vide* hoy, sección 3.ª del capítulo II, del Título décimo de la Ley de Sociedades de Capital)».

La figura central a la que la Ley llama en este período a desarrollar la actividad social y llevar a cabo el especial destino de las sociedades, es la figura del liquidador. Como afirma la Resolución de 3 de marzo de 2012: «…la vigente Ley de Sociedades de Capital, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2010 de 2 de julio, regula de forma detallada todo el proceso de liquidación de sociedades mercantiles estableciendo con detalle todas las operaciones que deben realizar los liquidadores nombrados hasta llegar a la total extinción de la sociedad y consiguiente cancelación de asientos registrales, previo pago a los acreedores y adjudicación del haber social. Uno de los puntos esenciales de ese proceso liquidatorio es la aprobación por la junta general del balance final de liquidación, o cuenta de cierre, del informe sobre las operaciones de liquidación y del proyecto de división entre los socios del activo resultante

(cfr. art. 390.1 de la Ley de Sociedades de Capital). Dada la importancia y trascendencia de las operaciones liquidatorias que desembocan en el balance final de liquidación sometido a la aprobación de la junta general, que es la base sobre la cual, en su caso, se efectúa el reparto del haber social, y que debe ser resumen de todas las operaciones de liquidación patrimonial, el artículo 390.2 de la Ley de Sociedades de Capital concede a los socios que no hayan votado a favor del acuerdo, entre los que se incluyen lógicamente los no asistentes a la junta general, el derecho de impugnar el acuerdo de la junta general de aprobación del balance final en el plazo de dos meses a contar desde la adopción del acuerdo».

Para llevar a cabo esta tarea la Ley de Sociedades de Capital impone al liquidador designado un conjunto de facultades y deberes conducentes todos ellos al más exacto cumplimiento de las previsiones legales: obligación de velar por el patrimonio social (art. 375), de ejercer el poder de representación de la sociedad (art. 379), de formular un balance inicial (art. 383), de concluir las obligaciones pendientes y realizar las nuevas que sean necesarias (art. 384), de realizar el cobro de créditos así como el pago de deudas (art. 385), de llevar la contabilidad y de cumplir las obligaciones relativas a los libros sociales (art. 386), de enajenar los bienes sociales (art. 387), de informar debida y periódicamente a los socios (art. 388), de formular el balance final, el informe sobre las operaciones de liquidación y el proyecto de división del haber social (art. 390), de satisfacer la cuota de liquidación a cada socio (arts. 391 y 394), de satisfacerla en metálico (art. 393) y, en fin, de otorgar la escritura de extinción de la sociedad (art. 395), sin perjuicio de persistir sus obligaciones si resulta la existencia de activo o pasivo sobrevenido (arts. 398 y 399), o las derivadas de formalización de actos jurídicos (art. 400).

Como afirma la citada Resolución de 22 de mayo de 2001, el régimen establecido legalmente presenta «un marcado carácter imperativo», derivado de la especial situación en que se encuentra la sociedad, de la finalidad que ha de presidir la realización de las operaciones liquidatorias y de la protección contemplada a los derechos de los socios y terceros. Así, los liquidadores no pueden llevar a cabo el reparto del haber social sin previamente satisfacer a los acreedores (art. 391.2 de la Ley de Sociedades de Capital y Resolución citada), ni pueden llevarlo a cabo en forma distinta a la establecida en los estatutos sociales o en la determinada por acuerdo social (art. 391.1), ni pueden satisfacer la cuota de liquidación en otra cosa que no sea dinero, salvo disposición contraria de los estatutos (art. 393), ni pueden pagarla hasta que haya devenido definitiva (art. 394 y Resolución de 13 de febrero de 1986).

3. La previsión legal es que el conjunto de operaciones que comprende la liquidación de una sociedad de capital se lleve a cabo por el liquidador sin sujeción a plazo y salvo disposición contraria de los estatutos (art. 378 de la Ley de Sociedades de Capital), previsión que obedece no sólo a la eventual complejidad de las operaciones de liquidación sino a la posibilidad de aparición de activos o pasivos sobrevenidos, tal y como se ha expuesto con anterioridad.

La previsión legal empero ha tenido en nuestro ordenamiento el contrapeso de la posibilidad de destitución del liquidador. Dejando de lado otros supuestos (separación por la junta general y separación a solicitud de accionistas, artículo 380.1 de la Ley de Sociedades de Capital), nuestro derecho siempre ha procurado la salvaguarda de los derechos de socios y de otros interesados en los supuestos en los que se ha producido un incumplimiento por parte del liquidador de sus obligaciones legales.

Dispone así el artículo 230 del Código de Comercio: «Bajo pena de destitución, deberán los liquidadores: 1.º Formar y comunicar a los socios, dentro del término de veinte días, el inventario del haber social, con el balance de las cuentas de la sociedad en liquidación, según los libros de su contabilidad. 2.º Comunicar igualmente a los socios todos los meses el estado de la liquidación.» La norma se aplicó al régimen de las sociedades de responsabilidad limitada como consecuencia de lo establecido por el artículo 32 de la Ley de 17 de julio de 1953: «Para la liquidación de las Sociedades de Responsabilidad Limitada se estará a lo dispuesto en la escritura de constitución y en el Código de Comercio.»

La previsión pasó al régimen de las sociedades anónimas en la forma establecida en el artículo 161.3 de la Ley de 17 de julio 1951, Ley sobre régimen jurídico de las sociedades anónimas que estableció: «Termina la función de los liquidadores...3. Por decisión judicial, mediante justa causa, a petición de un grupo de accionistas que representen la vigésima parte del capital social.» La norma se incorporó al artículo 280 c) del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.

Por su parte la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitadas estableció un régimen distinto en el apartado segundo de su artículo 111, en los términos siguientes: «Transcurridos tres años desde la apertura de la liquidación sin que se haya sometido a la aprobación de la Junta General el balance final de liquidación, cualquier socio o persona con interés legítimo podrá solicitar del Juez de Primera Instancia del domicilio social la separación de los liquidadores. El Juez, previa audiencia de los liquidadores, acordará la separación si no existiere causa que justifique la dilación y nombrará liquidadores a la persona o personas que tenga por conveniente, fijando su régimen de actuación. Contra la resolución por la que se acuerde la separación y el nombramiento de liquidadores, no cabrá recurso alguno.»

Esta es la redacción que pasó al 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 que hoy, tras la reforma operada por la disposición final 14.5 de Ley núm. 15/2015, de 2 de julio, dice así: «1. Transcurridos tres años desde la apertura de la liquidación sin que se haya sometido a la aprobación de la junta general el balance final de liquidación, cualquier socio o persona con interés legítimo podrá solicitar del Secretario judicial o Registrador mercantil del domicilio social la separación de los liquidadores. 2. El Secretario judicial o

Registrador mercantil, previa audiencia de los liquidadores, acordará la separación si no existiere causa que justifique la dilación y nombrará liquidadores a la persona o personas que tenga por conveniente, fijando su régimen de actuación. 3. La resolución que se dicte sobre la revocación del auditor será recurrible ante el Juez de lo Mercantil.»

4. Como pusiera de relieve la Resolución de 7 de marzo de 2016 (en sede de Resoluciones sobre solicitud de convocatoria de junta general de sociedades de capital), la atribución competencial a los registradores mercantiles llevada a cabo por la reforma que de la Ley de Sociedades de Capital ha llevado a cabo la disposición final decimocuarta de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, no debe confundirse con la de calificación que le atribuye el artículo 18 del Código de Comercio, que constituye el núcleo de su función y que se rige por las reglas generales contenidas en el propio Código y en sus normas de desarrollo. La competencia de tramitar el expediente de convocatoria de junta general de una sociedad de capital debe encuadrarse entre aquellas a las que se refiere el artículo 16.2 del Código de Comercio y que vienen desarrolladas en el Título Tercero del Reglamento del Registro Mercantil que expresivamente se denomina «De otras funciones del Registro Mercantil».

Esta Dirección General ha afirmado en múltiples ocasiones en sede de recursos en materia de nombramiento de auditores a instancia de la minoría *(vid.* Resoluciones de 26 de junio y 28 de julio de 2014, por todas), así como en materia de generación o renovación del código identificador de persona jurídica *(vid.* Resolución de 16 de julio de 2015), en sede de designación de mediadores concursales *(vid.* Resolución de 4 de marzo de 2016), y en sede de convocatoria de juntas generales *(vid.* Resolución ya citada y otras posteriores), que determinadas funciones encomendadas legalmente al registrador se encuadran en esas «otras funciones del Registro», a que se refiere el artículo 16.2 del Código de Comercio, funciones que son distintas de las relativas a la inscripción de los empresarios y sus actos (art. 16.1 del Código de Comercio). A diferencia de ésta, presidida por la función calificadora como control de legalidad que en aras del interés público a que responde la publicidad registral es llevado a cabo por el registrador Mercantil de forma unilateral y objetiva, en los expedientes sobre nombramiento de auditores existe un foro de contraposición de intereses que ha de resolver el registrador como órgano de la Administración (Resolución de 15 de julio de 2005). De este modo, la decisión del registrador Mercantil declarando la procedencia de la convocatoria de junta general no tiene el carácter de calificación registral, sino que es un acuerdo adoptado por quien en este procedimiento regulado en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil es la autoridad pública competente para resolver la solicitud (Resoluciones de 13 de enero de 2011 y 10 de julio de 2013, entre otras). De aquí se derivan importantes consecuencias como son el escaso rigorismo formal del procedimiento (por todas, Resolución de 21 de julio de 2010), la existencia de un sistema de recursos distinto del previsto para la calificación registral, y la aplicación sub-

sidiaria de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en lo no previsto por una norma específica.

Esta misma doctrina es aplicable al expediente registral a través del que se da respuesta a la solicitud prevista en el artículo 389 de la Ley de Sociedades de Capital. En definitiva, que como ocurre con la competencia de nombramiento de expertos independientes y auditores, la de gestionar el denominado código identificador de entidades jurídicas, la de designar mediadores concursales, la de convocar juntas generales y otras similares, la de resolver sobre la procedencia de la sustitución de la persona del liquidador no es una función de calificación.

Una primera consecuencia de esta afirmación es la que se refiere al objeto del expediente. A diferencia del procedimiento por el que se resuelve la procedencia o no de modificar el contenido del Registro de la Propiedad, mercantil o de bienes muebles, el objeto de este expediente tiene el limitado alcance definido por el artículo 389 de la Ley de Sociedades de Capital: determinar si concurren o no los requisitos para la sustitución del liquidador designado y su sustitución por otro en los términos que resultan del precepto. 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 procede que en el ámbito de este procedimiento se lleven a cabo pronunciamientos en relación a las cuestiones planteadas por las partes en este expediente y que son ajenas a su naturaleza y objeto, como es la valoración de la conducta de las partes involucradas en relación al abuso de derecho y al ejercicio de los derechos conforme a la regla de la buena fe o la determinación de si la información recibida del liquidador es o no suficiente para satisfacer unos u otros intereses.

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.

Otra consecuencia importante de la naturaleza de este expediente es el que hace relación a la normativa aplicable. La ausencia de un procedimiento registral específico para que el registrador Mercantil lleve a cabo el ejercicio de su competencia, a la espera de una futura reforma del Reglamento del Registro Mercantil, ha sido objeto de atención por esta Dirección General de los Regis-

tros y del Notariado que en su Resolución de contestación de consulta de 20 de noviembre de 2015, ha recordado que en relación al procedimiento que debe seguirse para tramitar expedientes desjudicializados de Jurisdicción Voluntaria por el Registrador Mercantil suele existir en la Ley, en los distintos expedientes, una remisión expresa a lo previsto para ello en el Reglamento del Registro Mercantil. Así, en el artículo 40 del Código de Comercio; artículos 139 y 140 de la Ley de Sociedades de Capital; artículo 266.2 de la Ley de Sociedades de Capital; artículo 377 de la Ley de Sociedades de Capital; artículo 381.2 y artículo 422 de la Ley de Sociedades de Capital. Falta sin embargo remisión expresa al Reglamento del Registro Mercantil en el supuesto de separación y sustitución de liquidadores. Como se afirmó entonces, la omisión reseñada no obstante es salvable pues 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.

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 al liquidador a efectos de formular oposición, lo establecido en cuanto a auditores en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

A diferencia del procedimiento previsto en materia de nombramiento de expertos independientes por el registrador Mercantil (en que sólo se contempla la posibilidad de formular oposición en el caso de la recusación del nombrado), en el de nombramiento de auditores siempre ha existido un trámite por escrito de audiencia que permite ventilar la contradicción dentro del procedimiento. Se trata de una controversia que carece de relevancia contenciosa en los términos del artículo 1.2 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria y que, a diferencia de lo previsto en la vieja Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, no obliga a acudir a la jurisdicción contenciosa *(vid.* art. 17.3. 2.º de la Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativa).

Se aplicarán, en primer lugar, las reglas particulares del procedimiento previsto en materia de auditores (que contiene un mecanismo procedimental para solventar la audiencia de la sociedad o del liquidador, en este caso) contenidas en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil. En lo no previsto, cabe la aplicación supletoria de primer grado de lo establecido en el propio Reglamento del Registro Mercantil en materia de nombramiento de expertos independientes *(vid.* art. 364 del Reglamento del Registro Mercantil). Hay una aplicación supletoria de segundo grado de lo establecido en el procedimiento registral común e hipotecario *(vid.* art. 80 del Reglamento del Registro Mercantil sobre remisión al Reglamento Hipotecario) y, en fin, en lo

no previsto aún, cabe entender con la doctrina Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de expedientes de expertos y auditores, que existe una supletoriedad de tercer grado de la legislación acerca del procedimiento administrativo común.

Esta última circunstancia tiene una especial relevancia porque, a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento registral ordinario, tienen derecho a participar en el expediente todos aquellos que ostenten la cualidad de interesados (art. 4 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), así como realizar alegaciones en cualquier estado del procedimiento (art. 76), y a la subsanación de la solicitud en los términos establecidos en el artículo 68 de la Ley. Por su parte la administración, de forma contraria a lo que ocurre en el procedimiento registral ordinario (art. 326 de la Ley Hipotecaria), podrá resolver sobre las cuestiones que resulten del expediente, aún de las no traídas por las partes (arts. 88 y 119 de la Ley).

5. Establecido el marco conceptual en que debe resolverse este expediente tanto a nivel de ley material como de procedimiento, debe afirmarse en primer lugar la legitimación del solicitante, en cuanto acreedor, para instar el procedimiento que, como vimos más arriba, tiene como uno de sus fines esenciales satisfacer los créditos pendientes al tiempo de la apertura de la liquidación o los posteriores que puedan devengarse.

El artículo 389 de la Ley de Sociedades de Capital, en un esfuerzo objetivizador que proviene de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada de 1995, establece un plazo de tres años desde la apertura de la fase de liquidación para que cualquier socio o persona con interés legítimo inste la sustitución del liquidador designado. Este dato meramente temporal exige a su vez que en dicho plazo (computado desde la declaración de disolución y no desde la aceptación del cargo de liquidador como resulta indubitadamente de los arts. 371 y 389 de la Ley), no se haya aprobado el balance final de liquidación, así como la ausencia de causa que justifique la dilación. De los tres requisitos expuestos dos son meramente mecánicos en el sentido de que su verificación no reviste dificultad alguna. Por el contrario, es preciso determinar adecuadamente en qué consiste o en qué puede consistir la causa que justifique la dilación a fin de evitar una aplicación automática de un precepto que, como resulta de su tenor, exige un adecuado análisis de las circunstancias de hecho que sin invadir competencias judiciales permita al registrador mercantil emitir una resolución sobre la concurrencia de los requisitos legalmente establecidos.

La formulación del balance final depende de la finalización de las operaciones de liquidación (art. 390 de la Ley), por lo que será el cumplimiento de estas el que debe servir de baremo para tomar la decisión. Resulta evidente que la previsión legal sobre las operaciones de liquidación de una sociedad de capital resultará en un proceso más o menos complejo en función de las operaciones a realizar, circunstancia que a su vez dependerá de los concretos

hechos que se pongan de manifiesto en el expediente. En sociedades que al tiempo de la apertura del proceso de liquidación sea preciso llevar a cabo un gran número de acciones encaminadas a la realización del activo y satisfacción del pasivo resultará difícil, sino imposible cumplir con el plazo legalmente establecido de tres años que sólo puede ser entendido como plazo generalmente razonable pero no como plazo preclusivo cualquiera que sea la sociedad a que se aplique. De ahí que la norma permita la transgresión del plazo cuando concurra causa que así lo justifique.

Ahora bien, resulta igualmente razonable entender que no bastará con alegar la complejidad del procedimiento de liquidación para entender que existe causa (justa, dice el artículo 380 de la propia Ley). Es preciso para entender que existe causa de dilación que el liquidador haya atendido razonablemente al cumplimiento de las obligaciones inherentes a su cargo y que así resulte del expediente.

Hay que entender que el liquidador es un cargo elegido por la junta general de la sociedad de capital (art. 160 b), cuya competencia no puede ser preterida sino es por un motivo de una envergadura tal que así lo imponga. Es la junta general la que elige a la persona del liquidador y la que puede removerla de su cargo en cualquier momento (art. 380 de la propia Ley), de acuerdo al régimen de mayorías que sea de aplicación. Las normas protectoras de las minorías deben aplicarse teniendo en cuenta este principio so pena de vaciar de contenido la previsión legal sobre la competencia de la junta general. La protección de la minoría exige la concurrencia de unos hechos de los que resulte con rotundidad la inadecuación del sistema legal previsto para la satisfacción de sus intereses.

En definitiva, no basta el mero transcurso del tiempo previsto en la norma para la sustitución de la persona del liquidador si de las circunstancias que resulten del expediente resulta la complejidad de la situación a liquidar, así como el razonable cumplimiento por el liquidador de las obligaciones derivadas de la Ley. El mero retraso en el cumplimiento de alguna de dichas obligaciones o el incumplimiento parcial no constituyen supuestos que permitan tener por cumplimentado el supuesto de hecho a que se refiere el artículo 389 de la Ley de Sociedades de Capital (*vide* la sentencia 866/1997, de 10 de octubre del Tribunal Supremo y el auto 168/1998, de 27 de marzo de la Audiencia Provincial de La Rioja).

6. En el expediente que da lugar a la presente, no se dan las circunstancias precisas para que proceda la sustitución de la persona del liquidador.

El solicitante alega que el liquidador no ha respondido adecuadamente a sus solicitudes de información. Del artículo 388 de la Ley de Sociedades de Capital resulta efectivamente la obligación del liquidador de tener debidamente informado a socios y acreedores del estado de la liquidación, pero de aquí no resulta un derecho individual de cada socio o de cada acreedor de recibir una información personalizada sobre el estado de la liquidación. El precepto establece una obligación genérica de mantener debidamente infor-

madas a las personas interesadas, pero no una obligación frente a cada socio o acreedor cuyo incumplimiento pueda derivar en la solicitud de sustitución del liquidador. A lo anterior hay que añadir el hecho de que el liquidador efectivamente contestó al requerimiento del acreedor. Si dicha contestación fue tardía o no satisfizo el interés del acreedor y si de tal circunstancia pueda resultar alguna responsabilidad es algo que escapa del objeto de la presente, así como de la competencia de esta Dirección General sin perjuicio del derecho del acreedor a entablar las acciones que estime oportunas. Por el mismo motivo no puede ser tenida en cuenta la alegación sobre la falta de información que como copropietario le debería haber sido realizada en relación a determinada intervención de Hacienda. Dicha circunstancia no puede ser discutida en el presente procedimiento que tiene el exclusivo objeto que por extenso se ha referido en consideraciones anteriores.

Alega igualmente el solicitante que el liquidador no ha depositado las cuentas correspondientes al ejercicio 2016 ni se han presentado a su aprobación las cuentas correspondientes al ejercicio 2017. El liquidador por su parte en su extenso escrito de oposición ha hecho referencia tanto a la aprobación de las cuentas correspondientes a ambos ejercicios (documentados los acuerdos en acta notarial), como al motivo por el que no constan depositadas (*vide* al respecto la Resolución de este Centro Directivo de 4 de mayo de 2017, en materia de designación de auditores a instancia de la minoría).

Además, el liquidador ha hecho una extensa relación de actuaciones relacionadas con las operaciones de liquidación con expresión de los motivos que justifican la dilación del proceso, especialmente estando la sociedad dedicada a una actividad como es la inmobiliaria que ha sufrido las consecuencias de una crisis económica que en muchos casos aún no se han disipado.

Es cierto que la interventora designada a instancia de la minoría ha informado favorablemente por la sustitución de la persona del liquidador. Se fundamenta en que la información que se le ha suministrado se considera insuficiente y en que el liquidador incumple con sus obligaciones, pero ni se explica el porqué de esta última afirmación ni se intenta justificar en modo alguno. Nuevamente es preciso afirmar que no constituye el objeto de este expediente dilucidar si la información suministrada (circunstancia que reconoce la interventora), es suficiente o no o si con la misma se satisface su interés. Todo ello, nuevamente, sin perjuicio del ejercicio de las acciones que entienda oportunas si lo considera oportuno en defensa de su posición jurídica.

Es finalmente cierto que el registrador mercantil ha tomado su decisión en función del estado del Registro del que resulta la falta de depósito de las cuentas anuales de los ejercicios 2016 y 2017 así como la existencia de interventora designada a instancia de la minoría, pero como resulta de las consideraciones anteriores es el conjunto de hechos que resulten del expediente el que ha de servir como fundamento de una decisión de sustitución de liquidador. Hechos, que como resulta de las consideraciones anteriores no

resultan concluyentes pues si bien resulta acreditada, sin contradicción, la complejidad de la situación liquidatoria de la sociedad, no permiten afirmar la existencia de un incumplimiento generalizado y grave de las obligaciones inherentes al cargo de liquidador que permita tener por cumplimentados los requisitos que para su sustitución exige el ordenamiento jurídico.

Procede en definitiva la estimación del recurso y la revocación de la resolución del registrador mercantil.

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Madrid núm. 11, don Francisco Javier Llorente Vara de fecha 8 de noviembre de 2018.

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

Madrid, 28 de marzo de 2019 (2.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 1 de abril de 2019

En el expediente 1/2019 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Aisfrin, S.L.».

HECHOS

I

Doña L. M. M. E. actuando en representación, como apoderada de doña B. C. E., presentó un escrito de fecha 7 de noviembre de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Valencia, en el que solicitó, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socia su representada de «Aisfrin, S.L.», el nombramiento de un experto para que proceda a la determinación del valor razonable de las participaciones como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación.

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

a) Que la sociedad celebró junta general el día 5 de septiembre de 2018 de acuerdo al contenido del acta notarial autorizada por el notario de Gandía don José Luis Llopis Gomar

el día 6 de agosto de 2018. De la diligencia de fecha 5 de septiembre resulta que estando presente o representado la totalidad del capital social se somete a votación el segundo punto del orden del día relativo a la propuesta de aplicación del resultado. Con carácter previo a la votación la representante de la socia hoy instante manifiesta que existiendo unos beneficios de 122.182,74 euros existe la posibilidad de repartir dividendos conforme al artículo 348 *(sic)*, de la Ley de Sociedades de Capital. El asesor fiscal de la sociedad, presente en la reunión, manifiesta que es más prudente destinarlo a reservas. Sometida la propuesta de la mesa a votación es objeto de aprobación con el voto en contra de la representante de quien hoy ejerce su derecho de solicitud.

b) Mediante burofax de fecha 21 de septiembre de 2018, la hoy solicitante notifica a la sociedad el ejercicio de su derecho de separación al amparo de lo establecido en el artículo 348 *(sic)* 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 solicitante carece de legitimación existiendo un procedimiento judicial declarativo ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Onteniente relativo a la efectividad de la oferta de venta planteada por la solicitante y en el que se solicita el otorgamiento de la oportuna escritura pública. Que procede la suspensión del procedimiento por prejudicial civil. 2.º Que la señora solicitante ya recibió dividendos en el ejercicio 2017 a cuenta de los beneficios 2016 y ahora solicita reparto sobre los resultados de 2017 a pesar de ser conocedora de la necesidad de acometer determinadas inversiones. Que el artículo 348 bis se encuentra pendiente de reforma y bajo cuyos requisitos no se podría ejercitar el derecho lo que revela el abuso de derecho y la mala fe. Además, la sociedad no puede desembolsar la cantidad que pudiera derivar abocando al concurso a la sociedad. Que la socia tiene intereses cruzados en otra sociedad que ejerce competencia directa a la mercantil.

Se acompaña al escrito de oposición ejemplar de la demanda presentada por los otros dos socios de la sociedad contra la hoy solicitante en la que solicitan del juzgado que se declare que la intención de los actores y demandada era realizar una compraventa sobre las participaciones sociales de esta en la sociedad. Que se declare que el precio era una cantidad determinada y que la fecha de compraventa sería el día de celebración de la junta general, momento en el que se realizaría el pago si bien no se llegó a otorgar escritura pública por decisión de la demandada. Que se condene a la demandada a otorgar escritura de compraventa de las participaciones sociales por el precio ya determinado. Se acompaña escrito de remisión por la procuradora a la oficina de registro y reparto de primera instancia de Onteniente.

III

El registrador mercantil de Valencia núm. 5, don José Luis Gómez Fabra Gómez dictó resolución en fecha 11 de diciembre de 2018 por la que acordó suspender la tramitación del procedimiento por existencia de litispendencia acreditada.

IV

Doña L. M. M. E., actuando como consta en representación de doña B. C. E., por escrito de fecha 28 de diciembre de 2018 *(sic)*, que tuvo entrada el día 27 de diciembre de 2018 en el Registro Mercantil de Valencia, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a, resumidamente, los siguientes argumentos: Que la solicitante no ha otorgado escritura pública de compraventa alguna por lo que sigue siendo titular de sus participaciones sociales frente a la sociedad (con cita de sentencia). Que el Registro Mercantil ha sido confundido por la eventual existencia de un procedimiento judicial sobre la existencia de determinada oferta, pero esta parte ni ha sido notificada, ni tiene conocimiento de su contenido ni puede hacer alegaciones al respecto. Que como se recoge en el acta de la junta la existencia de una oferta de venta estaba condicionada a la aprobación de reparto de dividendos. Que la mera existencia de conversaciones entre las partes sobre la compraventa de participaciones no enerva el derecho de la socia como ha reconocido la propia Dirección General de los Registros y del Notariado. Que en relación al resto de alegaciones de la sociedad, ni se puede apreciar por la Dirección General la existencia del pretendido abuso de derecho ni existe acreditación alguna de la necesidad de las inversiones a que se refiere el escrito. Que se dan todos los requisitos exigidos por el artículo 348 bis para el ejercicio del derecho.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; artículos 346, 348, 348 bis, 349 y 353 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital; y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil; las sentencias del Tribunal Supremo 32/2006, de 23 de enero y 63/2011, de 28 de febrero; y las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de enero de 2011, 4 de febrero de 2013, 25 de julio, 17 de septiembre y 3 de noviembre de 2014, 21 de enero y 14 de mayo de 2015, 20 de septiembre, 23 de octubre, 16, 27 y 28 de noviembre, 4, 11, 22 y 28 de diciembre de 2017, 8, 16, 22, 26 y 31 de enero y 1, 7, 12, las tres del día 13, las tres del día 22, 28 de febrero, 26 de marzo, 9 de abril, 4, 16 y 22 de mayo y 11 de junio de 2018.

1. Presentada una solicitud de designación de experto independiente al amparo de la previsión del artículo 348 bis en relación con el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital, la sociedad se opone por existir prejudicialidad civil. El registrador suspende efectivamente la tramitación del procedimiento y la interesada recurre en los términos expresados en los hechos, esencialmente, por entender que no concurre causa de suspensión.

2. El recurso no puede prosperar. 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.».

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. 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. 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 exis-

tencia 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 procedimiento que da lugar a la presente la sociedad ha acreditado que existe una demanda interpuesta y cuyo contenido, de prosperar, afectaría directamente a la resolución que hubiera de pronunciarse por afectar a la propia condición de socio de la persona que ha instado su iniciación.

No obsta a lo anterior la afirmación del escrito de recurso que afirma que desconoce su existencia y contenido pues dichas circunstancias no empecen los efectos que ha de producir en el procedimiento administrativo y sin perjuicio de las vicisitudes que puedan producirse en el procedimiento judicial.

Tampoco es aceptable la afirmación de las condiciones en que se llevó a cabo la oferta de contrato y si las mismas se han cumplimentado o no. Este es precisamente el objeto de la contienda judicial por lo que está vedado a esta administración llevar a cabo pronunciamiento alguno.

En definitiva, siendo la legitimación de la solicitante objeto de un procedimiento civil cuyo resultado afectará de modo directo a la resolución del expediente administrativo, la actuación del registrador mercantil de suspender la tramitación hasta que recaiga pronunciamiento judicial firme es conforme a derecho.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Valencia núm. 5, don José Luis Gómez Fabra Gómez de fecha 11 de diciembre de 2018.

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

Madrid, 1 de abril de 2019.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Valencia.

Resolución de 2 de abril de 2019 (1.ª)

En el expediente 22/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Centro de Estudios San Luis Gonzaga, S.L.».

HECHOS

I

Don …… presentó escrito de fecha 9 de enero de 2019, dirigido al registro mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el mismo día 9, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley 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 «Centro de Estudios San Luis Gonzaga, S.L.» (titular del 25 % del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 10 de enero de 2019 en el domicilio social siendo recibido el día 18 del mismo mes, formulando oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito de 21 de enero presentado el día 25, alegando que «tal y como consta en la página registral de la sociedad, ya figura designado un auditor para la revisión de las cuentas correspondientes al ejercicio 2018». Se acompaña certificación emitida por la administradora única de la mercantil, doña ……, con firma legitimada notarialmente de fecha 18 de diciembre de 2018 de la que resulta el nombramiento tanto del auditor de la sociedad para el ejercicio 2018 como el del auditor suplente, así como su aceptación, nombramiento que quedó debidamente inscrito en la hoja social el día 17 de enero de 2019 causando la inscripción 5.ª de la hoja M-9859.

III

El registrador mercantil de Madrid XVIII, don Antonio García Conesa, dictó resolución de fecha 28 de enero de 2019 por la que acordó «desestimar la solicitud de nombramiento de auditor de cuentas para la revisión de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.»

IV

Don …… interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 28 de enero, alegando que «la administradora debía haber convocado Junta General y haber sometido a deliberación y votación el nombramiento de Auditor de cuentas para auditoría voluntaria, pues sólo la Junta General podía haber nombrado auditor en este caso. El acto inscrito es nulo de pleno derecho, y como consecuencia de ello, se deriva que el nombramiento del auditor es también nulo, y, por tanto, debe nombrarse un auditor conforme a la solicitud efectuada en este 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 artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital es la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la estructura empresarial, para lo cual dicho artículo reconoce y regula el derecho a la verificación de la contabilidad social por un profesional independiente nombrado por el Registrador Mercantil a instancia de los socios que reúnan un mínimo de participaciones sociales o acciones equivalentes al 5 % del capital social y siempre que presenten su solicitud en los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social.

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

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

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

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

Inscrito el nombramiento de auditor voluntario el depósito de las cuentas sólo puede llevarse a cabo si vienen acompañadas del oportuno informe de verificación. Así lo ha sancionado expresamente la modificación del artículo 279 de la Ley de Sociedades de Capital (que entró en vigor el día 1 de enero de 2016; disposiciones finales cuarta y decimocuarta de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas), cuando dice en su inciso final: «Los administradores presentarán también, el informe de gestión, si fuera obligatorio, y el informe del auditor, cuando la sociedad esté obligada a auditoría por una disposición legal o ésta se hubiera acordado a petición de la minoría o de forma voluntaria y se hubiese inscrito el nombramiento de auditor en el Registro Mercantil.».

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

2. En el presente expediente resulta por un lado que el socio minoritario presenta su solicitud en el Registro Mercantil en fecha 9 de enero de 2018 y, por otro, que la sociedad acredita que nombró auditor voluntario para el mismo ejercicio con carácter previo al acompañar certificación del acuerdo de la administradora única de diciembre de 2018, así como escritos firmados el día 4 de diciembre de 2018 por don …… y …… de los que resulta la aceptación de sus cargos de auditor y auditor suplente de la mercantil para el ejercicio 2018. Tal presentación fue objeto de la inscripción quinta de la hoja social de la mercantil «Centro de Estudios San Luis Gonzaga, S.L.».

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

3. El recurso no puede prosperar ya que ha quedado acreditado tanto el nombramiento anterior, como así resulta de la documentación aportada por la sociedad al expediente, concretamente tanto la certificación del acuerdo como la aceptación del 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 de la presentación de la documentación en cuestión, y como resulta de los antecedentes de hecho, dicha presentación concluyó con la inscripción quinta de la hoja social practicada el 17 de enero de 2019, por la que se procede a la inscripción del nombramiento de auditor de cuentas para el ejercicio 2018. 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 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 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, don Antonio García Conesa, de fecha 28 de enero de 2019, por la que resuelve estimar la oposición de la sociedad, sin que proceda el nombramiento de auditor de cuentas solicitado, al figurar ya un auditor inscrito para el ejercicio que se solicita.

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

Madrid, 2 de abril de 2019 (1.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de Madrid.

Resolución de 2 de abril de 2019 (2.ª)

En el expediente 23/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Fide Madrid Gestión, S.L.».

HECHOS

I

Doña …… presentó escrito de fecha 17 de enero de 2019 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 «Fide Madrid Gestión, S.L.» (en concreto, titular del 18 %), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

II

La sociedad se opuso a la pretensión de los socios por medio de escrito de fecha 31 de enero de 2019 alegando, en esencia, que la solicitud realizada no incluye causa alguna, el conocimiento que tiene la solicitante de los detalles contables de la sociedad, así como estar hecha con el único fin de generar costes a la entidad y complicar la vida societaria.

III

El registrador mercantil de Madrid XIX, Enrique Mariscal Gragera, dictó resolución de fecha 5 de febrero de 2019, 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 que tuvo su entrada el día 5 de marzo de 2019 en el Registro Mercantil, interpuso recurso contra dicha resolución, argumentando, según resulta de su escrito de recurso, que toda la información pertinente relativa a las cuentas está al alcance de la solicitante, además de participar diariamente en la gestión administrativa de la sociedad, de lo que se desprende la existencia de otras intenciones que contradicen el ejercicio de cualquier derecho a su utilización con buena fe (art. 7 del Código Civil), considerándose criterios objetivos para la apreciación de que la solicitud de designación de auditor resulta desproporcionada para aclarar la contabilidad de la sociedad en cuya elaboración participa la solicitante, y excesivos los costes que supone esta medida para la sociedad en un momento de ausencia de proyectos económicos que la sostengan, siendo el perjuicio causado desproporcionado con relación a las motivaciones perseguidas. Esto es, en esencia y como fondo del asunto, se argumentan cuestiones relativas a abuso de derecho o mala fe en su ejercicio, que la solicitante ya dispone de la información contable necesaria y los costes excesivos que la medida solicitada supone para la sociedad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 196, 197, 265.2 y 272 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital 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 de la socia 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 económico como resulta claramente del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

2. En cuanto al motivo de alegación basado en el coste económico que la petición comporta para la sociedad, 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 costes excesivos para la sociedad que la medida supone (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. En tercer lugar, y por lo que se refiere a la alegación del supuesto conocimiento de la marcha de la sociedad por parte de la solicitante, en concreto, según se desprende del escrito de recurso, que toda la información pertinente relativa a las cuentas está al alcance de la solicitante, además de participar diariamente en la gestión administrativa de la sociedad, no es aceptable pretender enervar el derecho del socio minoritario apelando a un presunto conocimiento de la marcha de la sociedad y de las cuentas de la misma *(vid.* resoluciones de este Centro de 7 de mayo de 2012 y 5 de febrero y 28 de mayo de 2013 y 17 de junio de 2014). En ningún caso la apelación a dicha circunstancia puede enervar la pretensión de nombramiento, dado que los derechos de información y auditoría, aunque complementarios y relacionados entre sí, resultan distintos por su finalidad y requisitos e independientes en cuanto a las condiciones para su ejercicio. Los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, independientemente de si ejercieron previamente su derecho a solicitar información financiera o contable o si, por cualquier otra circunstancia como la

de ejercer en su día el cargo de administrador, tuvieron acceso a la contabilidad social *(vid.* artículos196 y 197 en relación con los artículos 253 y 272 de la Ley de Sociedades de Capital). Téngase en cuenta que el objeto de este expediente no es determinar si el socio minoritario puede acceder o no a la información contable sino si tiene derecho a que se designe un auditor a fin de obtener una opinión técnica, independiente e imparcial sobre si las cuentas «expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación» (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 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 Madrid XIX, Enrique Mariscal Gragera, de fecha 5 de febrero de 2019, por la que acordó no admitir la oposición y estimar la solicitud de nombramiento de auditor presentada.

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

Madrid, 2 de abril de 2019 (2.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 2 de abril de 2019 (3.ª)

En el expediente 28/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Construcciones Gil Escriche, S.L.».

HECHOS

I

Don …… presentó escrito de fecha 21 de enero de 2019, dirigido al registro mercantil de Castellón, en el que tuvo su entrada el día 23 del mismo mes, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5 % del capital social de «Construcciones Gil Escriche, S.L.» el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 24 de enero de 2019 en el domicilio social siendo recibido el día 29 del mismo mes, sin formular oposición en el plazo legalmente previsto.

III

La Registradora Mercantil de Castellón II, doña Gloria Elena Fernández Jalvo dictó resolución de fecha 6 de febrero de 2019 por la que acordó estimar la solicitud formulada, siendo notificada a la sociedad el día 7 de febrero. Transcurrido el plazo de quince días previsto en el artículo 354.3 del Reglamento del Registro Mercantil sin haber interpuesto recurso, el día 4 de marzo de 2019 se procedió al nombramiento de «Newport Auditores, S.L.P..

IV

Doña …… y Don ……, como administradores mancomunados de la sociedad, por escrito de fecha 5 de marzo de 2019, que tuvo entrada el día siguiente en el registro mercantil de Castellón, interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución. En dicho escrito reconocen el nombramiento anterior de la mercantil «Aplem Consulting, S.L.P. para auditar las cuentas correspondientes al ejercicio 2018, reconociendo que tal nombramiento no ha podido ser inscrito en el Registro Mercantil dado que la sociedad tiene cerrada la hoja social por falta de depósito de las últimas cuentas anuales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común, 265.2 de la Ley de Sociedades Capital, y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

El presente recuso plantea una cuestión que hace ocioso el examen de las restantes. Dicha cuestión no es otra que la relativa al plazo de interposición del presente recurso de alzada.

Esta Dirección General se ha pronunciado sobre los recursos procedentes ante la misma en sede de los expedientes de jurisdicción voluntaria en el ámbito del Registro Mercantil en contestación a la consulta formulada por el Registrador Mercantil de Barcelona II de fecha 21 de junio de 2016. En la misma concluye que «son dos los recursos admisibles contra las decisiones de los registradores mercantiles en los expedientes de jurisdicción voluntaria que les son asignados por las leyes. El primero, con carácter único, o alternativo-potestativo, según los casos, ante la Dirección General de los Registros y del Notariado que se tramitará conforme a la Ley 30/92, hasta el 1 de octubre de 2016, y por la Ley 39/2015 a partir de esa fecha, en lo que le fuera aplicable, dada la especial naturaleza del recurso, y el segundo, directamente, en su caso, o una vez resuelto el único o potestativo recurso por esta Dirección General, ante el Juez de lo Mercantil que deberá tramitarse conforme a lo dispuesto en el artículo 20.2 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, Ley 15/2015, es decir, por los trámites del juicio de revisión del artículo 454 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y, en todo caso, y si el expediente se hubiera tramitado sin oposición de ningún interesado, también sería posible el recurso del artículo 354.2 RRM, que proporcionará, dada la simplicidad de sus trámites, mayor celeridad a todo el proceso, en beneficio del ciudadano».

Al respecto cabe señalar que el artículo 354.3 del Reglamento del Registro Mercantil dispone taxativamente que la decisión del Registrador Mercantil declarando la procedencia o improcedencia del nombramiento podrá recurrirse en alzada ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en el plazo de quince días, comenzando el cómputo de dicho plazo a partir del día siguiente a la notificación de la resolución. En el caso presente nos encontramos ante un expediente tramitado sin que la sociedad «CONSTRUCCIONES GIL ESCRICHE, S.L.» haya formulado oposición, resultando del mismo que la notificación de la resolución de 6 de febrero de la Registradora Mercantil de Castellón II se recibió el día siguiente, mientras que el recurso de alzada que hoy se resuelve se presentó en el Registro Mercantil el día 6 de marzo, es decir, una vez vencido el plazo de quince días para su interposición, vencimiento que tuvo lugar el día 1 de marzo del mismo año.

Resultando que la resolución que se pretende impugnar alcanzó en dicha fecha el estado de firmeza no cabe sino inadmitir el presente recurso de alzada.

En su virtud, esta Dirección General resuelve inadmitir el recurso y confirmar la resolución de la Registradora Mercantil de Castellón II, doña Gloria Elena Fernández Jalvo de fecha 6 de febrero 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, que pone fin a la vía administrativa conforme al

artículo 114.1. a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, podrá ser impugnada ante los juzgados y tribunales competentes del orden jurisdiccional civil.

Madrid, 2 de abril de 2019 (3.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sra. Registradora Mercantil de Castellón II.

Resolución de 2 de abril de 2019 (4.ª)

En el expediente 37/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Insignia MK, S.L.».

HECHOS

I

Don …… presentó escrito de fecha 1 de febrero de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Murcia, en el que tuvo su entrada el mismo día 1 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 «Insignia MK, S.L.» (en concreto, manifiesta ser titular del 30 % del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 4 de febrero de 2019 en el domicilio social por correo certificado con acuse de recibo, formulando oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito de fecha 19 de febrero que tuvo su entrada en el registro mercantil el mismo día 19 de febrero, suscrito por ……, en su condición de administrador único de la mercantil. En dicho escrito de oposición alega, en esencia, la condición de administrador mancomunado del solicitante hasta junio de 2018, con lo que la única razón que subyace en la petición, a criterio del alegante, es obstaculizar la normal actividad de la empresa, con evidente mala fe y abuso de derecho por parte del socio solicitante. Asimismo, alega también el perjuicio económico que para la sociedad tiene el hacer frente al pago de honorarios del auditor y que el derecho de acceso a la información del socio minoritario ha sido respetado en todo momento.

III

El registrador mercantil de Murcia II, Bartolomé García Nieto, dictó resolución de fecha 20 de febrero de 2019 por la que acordó desestimar la oposición planteada y, firme su resolución, proceder al nombramiento de auditor solicitado para el ejercicio 2018.

IV

Don ……, en su condición de administrador único de la mercantil, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra la anterior resolución de fecha 20 de febrero de 2019, 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 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 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 primera cuestión relativa a la condición de administrador mancomunado del solicitante hasta junio de 2018, no puede sostenerse la conclusión que se sigue por el recurrente de ser el socio solicitante administrador mancomunado hasta junio de 2018.

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, como es el caso que nos ocupa, o colegiada, dado que habría tenido que contar con el consentimiento de los demás (resoluciones de 27 de mayo de 2007, 3 de septiembre de 2008, 1 de septiembre de 2011 y 12 de septiembre de 2012, 4, 5, 17 y 18 de septiembre y 2 de diciembre de 2014 entre otras).

Como resulta del escrito de recurso en el supuesto de hecho que da lugar a la presente, el socio solicitante ha sido efectivamente administrador mancomunado hasta junio de 2018. Por tanto, en este caso, debe concluirse que sí cabe apreciar la concurrencia del oportuno interés protegible en el socio solicitante.

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

En consecuencia, este Centro Directivo no puede valorar la conducta de del solicitante tal como pretende el recurrente. El objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital prevé para que se acuerde la pertinencia de nombramiento de auditor a instancia de la minoría. La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la constitución española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

3. En cuanto al motivo de alegación basado en el coste económico que la petición comporta para la sociedad, en concreto, que los gastos que conllevaría dicha auditoría no podrán ser afrontados por la sociedad, es cuestión sobre la que este Centro Directivo también ha tenido ocasión de pronunciarse en numerosas ocasiones. Así, alegaciones como las relativas a la situación económica de la sociedad, falta de tesorería para hacer frente a la auditoría, costes de la verificación contable, integrados esencialmente por el importe de los honorarios profesionales o, como es el presente caso, la expresa alegación de que los gastos no podrán ser afrontados por la sociedad (art. 267 de la Ley de

Sociedades de Capital), no puede ser estimada, pues de acuerdo con el artículo 265 del mismo texto legal, dichos costes corren a cargo de la sociedad. Como ha reiterado este Centro (resoluciones de 27 de febrero de 2013, 31 de enero de 2014, 16 de marzo de 2016, 8 y 12 de julio de 2016, entre otras, y como más recientes) el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital no deja margen a la interpretación, por lo que con independencia de cuales sean las condiciones económicas de la sociedad y el perjuicio económico alegado, se impone el derecho individual del socio a conocer el estado contable de la sociedad y a su verificación por auditor nombrado por el Registro Mercantil.

4. Por lo que se refiere a la alegación del supuesto conocimiento de la marcha de la sociedad por parte del solicitante, en tanto que el derecho de acceso a la información del socio minoritario 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.* arts. 196 y 197 en relación con los artículos 253 y 272 de la Ley de Sociedades de Capital). Téngase en cuenta que el objeto de este expediente no es determinar si el socio minoritario puede acceder o no a la información contable sino si tiene derecho a que se designe un auditor a fin de obtener una opinión técnica, independiente e imparcial sobre si las cuentas «expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación» (art. 1 del Real Decreto Legislativo 22/2015, de 21 de julio 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 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 Murcia II, Bartolomé García

Nieto, de fecha 20 de febrero de 2019 por la que acordó desestimar la oposición planteada y proceder al nombramiento de auditor solicitado para el ejercicio 2018.

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

Madrid, 2 de abril de 2019 (4.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de Murcia II.

Resolución de 3 de abril de 2019

En el expediente 40/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Circuitos Taurinos, S.L.».

HECHOS

I

Don …… presentó escrito de fecha 24 de enero de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Valladolid, en el que tuvo su entrada el día 28 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 «Circuitos Taurinos, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil en el domicilio social por correo certificado con acuse de recibo, formulando oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito de fecha 12 de febrero que tuvo su entrada en el registro mercantil el mismo día 12 de febrero, suscrito por …… y ……, en su condición de administradores mancomunados de la mercantil. En dicho escrito de oposición se alega, en esencia, que desde que el solicitante dejó de ser administrador en mayo de 2017 se le ha facilitado en todo momento información sobre las cuentas y soportales documentales de las mismas, acudiendo cuantas veces quiso a la asesoría encargada de la contabilidad. Además, se alega que la petición tiene

como exclusiva finalidad causar un nuevo gasto a la sociedad, en beneficio de otra sociedad que él mismo administra, con evidente abuso de derecho que no debe ser amparado.

III

La Registradora Mercantil de Valladolid, María Esther Pérez Ruiz, dictó resolución de fecha 1 de marzo de 2019 por la que acordó desestimar la oposición planteada y proceder al nombramiento de auditor solicitado para el ejercicio 2018.

IV

Don …… y ……, en su condición de administradores mancomunados de la mercantil, interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección General contra la anterior resolución de fecha 1 de marzo de 2019, 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 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 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 primera cuestión relativa al supuesto conocimiento de la marcha de la sociedad por parte del solicitante, en tanto que el derecho de acceso a la información del socio minoritario le ha sido facilitado 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.* arts. 196 y 197 en relación con los artículos 253 y 272 de la Ley de Sociedades de Capital). Téngase en cuenta que el objeto de este expediente no es determinar si el socio minoritario puede acceder o no a la información contable sino si tiene derecho a que se designe un auditor a fin de obtener una opinión técnica, independiente e imparcial sobre si las cuentas «expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación» (art. 1 del Real Decreto Legislativo 22/2015, de 21 de julio por el que se aprueba la Ley de Auditoría de Cuentas).

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

En consecuencia, este Centro Directivo no puede valorar la conducta de del solicitante tal como pretenden los recurrentes. El objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital prevé para que se acuerde la pertinencia de nombramiento de auditor a instancia de la minoría. La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la constitución española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

3. En cuanto al motivo de alegación basado en el gasto que la petición comporta para la sociedad, en concreto, que una sociedad competidora con la suya en el mismo ámbito territorial se ve lastrada con un gasto extra, es cuestión sobre la que este Centro Directivo también ha tenido ocasión de pronunciarse en numerosas ocasiones. Así, alegaciones como las relativas a la situación económica de la sociedad, falta de tesorería para hacer frente a la auditoría, costes de la verificación contable, integrados esencialmente por el importe de los honorarios profesionales o, como es el presente caso, gasto extra que ocasiona a la sociedad (art. 267 de la Ley de Sociedades de Capital), no puede ser estimada, pues de acuerdo con el artículo 265 del mismo texto legal, dichos costes corren a cargo de la sociedad. Como ha reiterado este Centro (resoluciones de 27 de febrero de 2013, 31 de enero de 2014, 16 de

marzo de 2016, 8 y 12 de julio de 2016, entre otras, y como más recientes) el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital no deja margen a la interpretación, por lo que con independencia de cuales sean las condiciones económicas de la sociedad y el perjuicio económico alegado, se impone el derecho individual del socio a conocer el estado contable de la sociedad y a su verificación por auditor nombrado por el Registro Mercantil.

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 2018.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la Registradora Mercantil de Valladolid, María Esther Pérez Ruiz, de fecha 1 de marzo de 2019 por la que acordó desestimar la oposición planteada y proceder al nombramiento de auditor solicitado para el ejercicio 2018.

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

Madrid, 3 de abril de 2019.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sra. Registradora de Valladolid.

Resolución de 4 de abril de 2019 (1.ª)

En el expediente 30/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Hostelería el Cristalón, S.L.».

HECHOS

I

Don ……, en su condición de administrador único de la sociedad «Gonbar Gestión y Restauración, S.L.», y don ……, en su condición de administrador único de la sociedad

«Promoges Hostelera, S.L.», presentaron escrito de fecha 8 de enero de 2019 dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 10 del mismo mes, en el que solicitaron, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titulares dichas sociedades conjuntamente de más del 5 % del capital social de «Hostelería el Cristalón, S.L.» (en concreto, titulares del 20 %), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

II

La sociedad se opuso a la pretensión de los socios por medio de escrito de fecha 21 de enero de 2019 alegando, en esencia, que solicitud realizada se ha hecho en el marco de una desmedida mala fe y con el único fin de ocasionar gastos innecesarios a la sociedad.

III

El Registrador Mercantil de Madrid XX, Jesús González y Salinas, dictó resolución de fecha 23 de enero de 2019, 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, por escrito de fecha 6 de marzo de 2019, que tuvo su entrada el día 7 en el Registro Mercantil, interpuso recurso contra dicha resolución, reiterando fundamentalmente los argumentos de su escrito de oposición inicial, esto es, que la solicitud de auditor se ha hecho en el marco de una desmedida mala fe con manifiesto abuso de derecho y con el único fin de ocasionar gastos innecesarios a la sociedad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 196, 197, 265.2 y 272 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. No puede estimarse el recurso interpuesto pues los motivos alegados por la sociedad, reducidos en esencia a la mala fe y al abuso de derecho por parte de los socios solicitantes, 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 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.

2. En cuanto al motivo de alegación basado en el coste económico que la petición comporta para la sociedad, en concreto, que la solicitud de auditor se ha hecho en este punto con el único fin de ocasionar gastos innecesarios a la sociedad, es cuestión sobre la que este Centro Directivo también ha tenido ocasión de pronunciarse en numerosas ocasiones. Así, alegaciones como las relativas a la situación económica de la sociedad, falta de tesorería para hacer

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

3. Lo anterior, unido al cumplimiento por 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 los socios solicitantes más del cinco por ciento del capital social y no habiendo transcurrido tres meses desde la fecha de cierre de dicho ejercicio, procede el nombramiento solicitado de auditor que efectúe la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2018.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Madrid XX, Jesús González y Salinas, de fecha 23 de enero de 2019, por la que acordó no admitir la oposición y estimar la solicitud de nombramiento de auditor presentada.

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

Madrid, 4 de abril de 2019 (1.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 4 de abril de 2019 (2.ª)

En el expediente 31/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Hostelería el Ventanal, S.L.».

HECHOS

I

Don ……, en su condición de administrador único de la sociedad «Gonbar Gestión y Restauración, S.L.», y don ……, en su condición de administrador único de la sociedad «Promoges Hostelera, S.L.», presentaron escrito de fecha 8 de enero de 2019 dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 10 del mismo mes, en el que solicitaron, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titulares dichas sociedades conjuntamente de más del 5 % del capital social de «Hostelería el Ventanal, S.L.» (en concreto, titulares del 38,10 %), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

II

La sociedad se opuso a la pretensión de los socios por medio de escrito de fecha 21 de enero de 2019 alegando, en esencia, que solicitud realizada se ha hecho en el marco de una desmedida mala fe y con el único fin de ocasionar gastos innecesarios a la sociedad.

III

El Registrador Mercantil de Madrid XIX, Enrique Mariscal Gragera, dictó resolución de fecha 23 de enero de 2019, 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 de fecha 6 de marzo de 2019, que tuvo su entrada el día 7 en el Registro Mercantil, interpuso recurso contra dicha resolución, reiterando fundamentalmente los argumentos de su escrito de oposición inicial, esto es, que la solicitud de auditor se ha hecho en el marco de una desmedida mala fe con manifiesto abuso de derecho y con el único fin de ocasionar gastos innecesarios a la sociedad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 196, 197, 265.2 y 272 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se

aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. No puede estimarse el recurso interpuesto pues los motivos alegados por la sociedad, reducidos en esencia a la mala fe y al abuso de derecho por parte de los socios solicitantes, 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 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. En cuanto al motivo de alegación basado en el coste económico que la petición comporta para la sociedad, en concreto, que la solicitud de auditor se ha hecho en este punto con el único fin de ocasionar gastos innecesarios a la sociedad, es cuestión sobre la que este Centro Directivo también ha tenido ocasión de pronunciarse en numerosas ocasiones. Así, alegaciones como las relativas a la situación económica de la sociedad, falta de tesorería para hacer frente a la auditoría, costes de la verificación contable, integrados esencialmente por el importe de los honorarios profesionales o, como es el presente caso, la expresa alegación de gastos innecesarios que la petición comportaría para la sociedad (art. 267 de la Ley de Sociedades de Capital), no puede ser estimada, pues de acuerdo con el artículo 265 del mismo texto legal, dichos costes corren a cargo de la sociedad. Como ha reiterado este Centro (resoluciones de 27 de febrero de 2013, 31 de enero de 2014, 16 de marzo de 2016, 8 y 12 de julio de 2016, entre otras, y como más recientes) el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital no deja margen a la interpretación, por lo que con independencia de cuales sean las condiciones económicas de la sociedad y el perjuicio económico alegado, se impone el derecho individual del socio a conocer el estado contable de la sociedad y a su verificación por auditor nombrado por el Registro Mercantil.

3. Lo anterior, unido al cumplimiento por 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 los socios solicitantes más del cinco por ciento del capital social y no habiendo transcurrido tres meses desde la fecha de cierre de dicho ejercicio, procede el nombramiento solicitado de auditor que efectúe la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2018.

En su virtud, esta Dirección General desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Madrid XIX, Enrique Mariscal Gragera, de fecha 23 de enero de 2019, por la que acordó no admitir la oposición y estimar la solicitud de nombramiento de auditor presentada.

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

Madrid, 4 de abril de 2019 (2.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 10 de mayo de 2019 (1.ª)

En el expediente 11/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Goaxen Bizcaia Park, S.L.».

HECHOS

I

…… presenta escrito de fecha 2 de enero de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Bilbao 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 «Goaxen Bizcaia Park, S.L.»., el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 2 de enero de 2019 en el domicilio social siendo recibido el día 7 del mismo mes, formulando oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito de 9 de enero presentado el día 10, alegando que «no procede acceder al nombramiento de auditor solicitado al Registro Mercantil por la referida socia el 2 de enero de 2019, puesto que la Junta General de Socios celebrada el pasado 21 de diciembre de 2018 aprobó por unanimidad el siguiente acuerdo: nombramiento voluntario de auditor de cuentas para el ejercicio 2018.» «El referido acuerdo consta en acta notarial de presencia de Junta General autorizada por la Notario de Balmaseda D.ª Igona Aretxaga González en fecha 21 de diciembre de 2018 bajo el número 1162 de protocolo» y «el auditor designado ha remitido a la sociedad su carta de aceptación con firma legitimada notarialmente en fecha 26 de diciembre de 2018 y la auditora suplente lo ha hecho con fecha 28 de diciembre 2018».

III

El Registrador Mercantil de Bilbao III, Carlos Alonso Olarra, dictó resolución de fecha 16 de enero de 2019 por la que acordó «no admitir la oposición de la sociedad al nombramiento de auditor para el ejercicio 2018 de la Sociedad "Goaxen Bizcaia Park, S.L.". y proceder al nombramiento solicitado».

IV

…… administrador único de la sociedad, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 16 de enero, alegando que «se revoque la resolución del Registrador Mercantil de Bizkaia de fecha 16 de enero de 2019, inadmitiendo la oposición de la sociedad al nombramiento de auditor por socio minoritario y procediendo,

en consecuencia, a la inscripción del nombramiento de auditor designado en la Junta General de la Sociedad de fecha 21 de diciembre de 2018».

V

La mercantil es requerida por este Centro Directivo para que acredite bien el hecho de haberse procedido a la inscripción en el Registro Mercantil o bien de haberse entregado el informe de verificación contable a los socios solicitantes o bien para que aporte el informe de verificación de las cuentas correspondientes al ejercicio 2018 mediante resolución de fecha 1 de abril de 2019.

Dicho requerimiento es atendido por escrito de fecha 12 de abril en que resulta la inscripción del nombramiento de auditor a instancia de la mercantil en la inscripción cuarta de la hoja social hoja social.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

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

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

Inscrito el nombramiento de auditor voluntario el depósito de las cuentas sólo puede llevarse a cabo si vienen acompañadas del oportuno informe de verificación. Así lo ha sancionado expresamente la modificación del artículo 279 de la Ley de Sociedades de Capital (que entró en vigor el día 1 de enero de 2016; disposiciones finales cuarta y decimocuarta de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas), cuando dice en su inciso final: «Los administradores presentarán también, el informe de gestión, si fuera obligatorio, y el informe del auditor, cuando la sociedad esté obligada a auditoría por una disposición legal o ésta se hubiera acordado a petición de la minoría o de forma voluntaria y se hubiese inscrito el nombramiento de auditor en el Registro Mercantil.»

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

2. En el presente expediente resulta por un lado que el socio minoritario presenta su solicitud en el Registro Mercantil en fecha 2 de enero de 2018 y, por otro, que la sociedad acredita que nombró auditor voluntario para el mismo ejercicio con carácter previo al acompañar copia del acta notarial de presencia de la Junta General de la mercantil de fecha 21 de diciembre de 2018 por la que se acuerda al nombramiento de los cargos de auditor y auditor suplente para el ejercicio 2018, así como escritos firmados los días 26 y 28 de diciembre de 2018 por don …… y doña …… de los que resulta la aceptación de sus cargos. Tal documento fue objeto de presentación para su inscripción en el Registro Mercantil de Bilbao el día 7 de enero de 2019 causando la entrada 1/2019/245 en el Diario 390 Asiento 172. Dicho documento fue objeto de inscripción en fecha 12 de abril de 2019 causando el asiento 4.º de la hoja social según resulta de escrito suscrito el mismo día de la inscripción por don …… que se incorpora 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 tanto el nombramiento anterior, como así resulta de la documentación aportada por la sociedad al expediente, concretamente tanto el acta notarial de presencia de la Junta General en que se adoptó el acuerdo como la aceptación del 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 de la presentación de la documentación en cuestión, y como resulta de los antecedentes de hecho, dicha presentación concluyó con la inscripción cuarta de la hoja social practicada el 12 de abril de 2019, por la que se procede a la inscripción del nombramiento de auditor de cuentas para el ejercicio 2018. 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 someti-

das 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 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 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, Carlos Alonso Olarra, de

fecha 16 de enero de 2019, por la que resuelve desestimar la oposición de la sociedad procediendo al nombramiento de auditor de cuentas solicitado, al figurar ya un auditor inscrito para el ejercicio que se solicita.

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

Madrid, 10 de mayo de 2019 (1.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de Bilbao.

Resolución de 10 de mayo de 2019 (2.ª)

En el expediente 19/2019 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Productos Loring, S.A.».

HECHOS

I

Don M. R. M. actuando en representación de don A. L. G. presentó un escrito dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en donde tuvo su entrada el día 17 de diciembre de 2018, en el que solicitó, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio su representado de «Productos Loring, S.A.», el nombramiento de un experto para que proceda a la determinación del valor razonable de las acciones como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación.

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

a) De acta notarial autorizada por el notario de Madrid don José Luis López de Garayo y Gallardo en fecha 3 de julio de 2018 y de su diligencia de fecha 5 de julio inmediato posterior resulta que en dicha fecha se celebró, previa su convocatoria, la junta general de la sociedad en la que, tras la aprobación de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017, se aprueba destinar el beneficio obtenido a reservas con la expresa oposición del hoy solicitante quien manifestó que se reservaba el ejercicio de las acciones que le correspondiesen. Con carácter previo había manifestado que conforme al artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, y para reservarse el derecho de separación, manifiesta su deseo de que se hubiera repartido un tercio de los beneficios como dividendos. Sometida esta propuesta a votación es rechazada por la mayoría social.

b) Mediante burofax de fecha 20 de julio de 2018 remitido al domicilio social de la compañía ejerce su derecho de separación. Resulta del expediente el escrito de fecha 17 de julio de 2018 por el que el hoy solicitante notifica al administrador de la sociedad el ejercicio de su derecho de separación como consecuencia del acuerdo adoptado en la junta general de fecha 5 de julio de 2018. Resulta la certificación de admisión de correos de fecha 20 de julio de 2018. Resulta igualmente certificación de Correos de la que resulta «no entregado por sobrante (no retirado de la oficina).

c) El abogado representante del socio remite al administrador de la sociedad el día 7 de septiembre de 2018 un correo electrónico para ponerle al tanto de la situación. Con posterioridad se producen distintas comunicaciones entre las partes.

II

Previo traslado de la solicitud por parte del Registro Mercantil, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: Que aceptan la aportación de documentación que ha realizado el solicitante pues de la misma resultan los fundamentos de su oposición. Que conforme al artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital el plazo de ejercicio del derecho es de un mes desde que se hubiera celebrado la junta. Que habiéndose celebrado esta el día 5 de julio de 2018 el señor solicitante pretende ejercitar el derecho de separación remitiendo un burofax de 20 de julio de 2018 a una dirección errónea recibiendo el administrador social comunicación por correo electrónico el día 7 de septiembre de 2018 sobre el pretendido derecho de separación por lo que el plazo concedido por la Ley consta excedido en más de dos meses. Que, en la convocatoria de la junta, a la que asistió el solicitante, ya anunciaba su celebración en el nuevo domicilio que constaba inscrito en el Registro Mercantil desde el mes de marzo. Que no se puede pretender otorgar validez a un burofax enviado a un domicilio anterior y cuya entrega se hace inviable sin que tengan porqué recaer en la sociedad los errores u omisiones del solicitante quien no puede pretender que su sola voluntad tenga consecuencias jurídicas. Que para ser eficaz la solicitud debió remitirse al destinatario y llegar en el plazo legalmente previsto. Que si lo anterior no fuera suficiente la sociedad se opuso al ejercicio de un derecho de separación por lo que no es procedente ni la admisión de la solicitud pues no existe posibilidad de desacuerdo si no se ha ejercitado válidamente el derecho.

III

El Registrador Mercantil de Madrid núm. 12, don Adolfo García Ferreiro dictó resolución en fecha 15 de enero 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 acciones de acuerdo con el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil.

IV

Don J. S-M. G, como administrador, por escrito de fecha 8 de febrero de 2019, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Madrid, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a, resumidamente, los siguientes argumentos: 1.º Que sin perjuicio de la reiteración de los argumentos presentados en el escrito de oposición, la sociedad desea puntualizar que del mismo escrito del solicitante resulta que en la celebración de la junta no se ejercitó el derecho de separación; que fue en

fecha 20 de julio cuando se ejercitó mediante un burofax no entregado por ir dirigido a dirección errónea; que la comunicación efectiva se produjo el día 7 de septiembre. Que la resolución del registrador confunde términos. Que el ejercicio del derecho requiere que se notifique a la sociedad y que el conocimiento de esta tenga lugar en el plazo de un mes previsto en el artículo 348 bis. Que la sentencia del Tribunal Supremo citada en la resolución (de 23 de enero de 2006), trata un caso totalmente distinto pues ni trata el problema de la extemporaneidad ni el supuesto de hecho es asimilable. Que la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado citada no ha podido ser hallada en las bases de datos. Que la alta participación del solicitante en la sociedad, un 49 %, pone en claro peligro su propia viabilidad. 2.º Que de la resolución del registrador parece que se afirma que el señor solicitante ejercito su derecho durante la junta y posteriormente lo notificó. Que del acta notarial no resulta así pues se limitó en primer lugar a manifestar que se reservaba el derecho de separación y más tarde, que la junta era nula por violación de su derecho de información. Que de todo lo anterior no resulta el ejercicio de derecho alguno. 3.º Que la propia Dirección General de los Registros y del Notariado (con cita), y con fundamento en la anteriormente citada sentencia del Tribunal Supremo ha reiterado el carácter recepticio del ejercicio del derecho de separación. Que de dicha doctrina resulta que hasta que la declaración de voluntad no es conocida por la parte ante quien se ejercita no existe acto jurídico. Por ello el plazo de un mes es tanto para el ejercicio como para la comunicación a la sociedad. Que así lo entiende determinada jurisprudencia (que cita). Que el burofax de fecha 20 de julio de 2018 fue remitido a un domicilio que ya no constituía domicilio social de la compañía por lo que no puede considerarse suficiente una comunicación que llega tardíamente sin culpa del destinatario y sólo por la negligencia del remitente quedando acreditado que no es hasta mucho después, el día 7 de septiembre de 2018, cuando se recibe la notificación real de ejercicio del 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.

STS 347/1994 10642/1992 de 22 de diciembre

1. Celebrada junta general de una sociedad anónima y acordado por la mayoría que el beneficio social se destine a reservas, resulta del expediente que el socio hoy solicitante votó en contra del acuerdo habiendo hecho, con carácter previo, manifestación sobre su deseo de que se repartiesen dividendos, propuesta que fue rechazada por la mayoría.

Resulta del expediente, y es hecho indiscutido, que habiéndose celebrado la junta general el día 5 de julio de 2018, el socio remitió burofax a la sociedad en fecha 20 de julio del mismo año notificando el ejercicio del derecho de separación con fundamento en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. Lo relevante a efecto de la presente es que el burofax no fue objeto de entrega por haberse remitido a un domicilio social que ya no era el vigente. Con posterioridad, el día 7 de septiembre, el representante del socio notifica a la sociedad dicha circunstancia. La sociedad, en vía de oposición y posteriormente en vía de recurso, sostiene la falta de validez del ejercicio del derecho de separación porque a su juicio el plazo de un mes a que se refiere el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital exige, dado el carácter recepticio de la notificación del ejercicio del derecho, que tanto el ejercicio como su notificación sean recibidos por la sociedad destinataria en dicho plazo.

Procede que este motivo de recurso sea analizado con carácter previo por constituir el núcleo de la cuestión sobre la que debe pronunciarse esta Dirección General.

2. El motivo de recurso es insostenible. Dispone el artículo 348.2 de la Ley de Sociedades de Capital sobre el ejercicio, en general, del derecho de separación: «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 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 recepticia 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.

Específicamente para el supuesto de ejercicio por falta de reparto de dividendo resulta del número dos del artículo 348 bis: «2. El plazo para el ejercicio del derecho de separación será de un mes a contar desde la fecha en que se hubiera celebrado la junta general ordinaria de socios.». Como ha quedado expuesto el Tribunal Supremo (Sentencia núm. 32/2006 de 23 enero), tiene declarado que: «El derecho de separación…nace por efecto del acuerdo adoptado con oposición del que pretende la separación, desde la aprobación del acta (art. 54.3 LSRL), que no es necesaria cuando sea notarial (art. 55.1 y 2 de la misma Ley) y no requiere que la sociedad lo acepte…». Y más adelante que: «El derecho de separación, pues, implica una declaración recipticia, que en el caso se ha producido, según queda probado y reconocido. Tal declaración puede realizarse (art. 97.1. II LSRL, [RCL 1995, 953] artículo 205.2 RRM [RCL 1996, 2112]) "en tanto no transcurra un mes contado desde la publicación del acuerdo o desde la recepción de la comunicación", ambas posibilidades a llevar a efecto de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 97.1. I.»

Resulta en consecuencia indubitado que el ejercicio del derecho de separación debe llevarse a cabo en el plazo de un mes desde la aprobación del acuerdo a que se refiere el artículo 348 bis o desde la aprobación del acta de la junta si se realiza con posterioridad, sin perjuicio, para los ausentes, de su posible ejercicio desde la publicación del acuerdo o desde la notificación a que se refieren los artículos 348 de la Ley de Sociedades de Capital y 205 del Reglamento del Registro Mercantil.

En el supuesto de hecho que da lugar a la presente resulta del expediente, y la sociedad recurrente no lo discute, que el socio impuso un burofax notificando a la sociedad el ejercicio de su derecho en el plazo de un mes desde la adopción del acuerdo. Resulta por tanto de forma indubitada que ejerció su derecho en el plazo previsto legalmente pues siendo igualmente indiscutido que asistió a la junta en la que se adoptó el acuerdo sobre la propuesta de aplicación del resultado es desde ese momento en que ha de computarse.

La pretensión de la recurrente de que el plazo se compute desde que la misma recibió la notificación carece por completo de fundamento pues dejaría reducido el plazo de un mes legalmente establecido a otro distinto, menor y variable con claro perjuicio del derecho individual del socio. De hecho, haría inviable por definición el plazo legal de un mes para el ejercicio del derecho. La sociedad confunde el ejercicio del derecho, que debe realizarse en el plazo de un mes como resulta del contenido de la Ley con la recepción de su ejercicio que, evidentemente, será mayor y dependerá de las circunstancias del procedimiento de notificación. Como resulta de la doctrina del Tribunal Supremo expuesta anteriormente una cosa es el ejercicio del derecho y otra su carácter

recipticio lo que implica la necesidad de que la sociedad sea objeto de notificación posterior.

El carácter recipticio de la notificación de ejercicio del derecho implica, no un requisito de ejercicio del derecho, sino de su oponibilidad a la sociedad. Como resulta de la reiterada sentencia de nuestro Tribunal Supremo 32/2006 de 23 enero, la sociedad se constituye en obligada desde la recepción de la notificación: «Los actos a realizar por la sociedad son actos debidos, y no condiciones potestativas. La sociedad ha de publicar, ha de informar para obtener la fijación del valor, si no llega a un acuerdo sobre valoración, en base a un comportamiento que se ha de llevar a efecto en buena fe (arts. 7.1 y 1258 CC, 57 del CCom [LEG 1885, 21]), ha de pagar al auditor y, dentro de los dos meses siguientes a la recepción del informe de valoración, ha de reembolsar el valor de las participaciones o lo ha de consignar (art. 101, inciso segundo) y, finalmente, los administradores han de otorgar la escritura de reducción de capital (art. 102), incluso cuando la sociedad quede por debajo del mínimo legal (arts. 102.2 y 108 LSRL [RCL 1995, 953]).» Resulta evidente que hasta que la sociedad no recibe la notificación de ejercicio del derecho de separación no le exigible el cumplimiento del conjunto de obligaciones que surgen de dicha circunstancia.

El recurrente sostiene que la doctrina de la reiterada sentencia no es de aplicación por cuanto su supuesto de hecho es distinto al que da lugar a la presente. Como resulta de los particulares transcritos la doctrina que emana de la sentencia es perfectamente aplicable al supuesto de hecho por referirse a cuestiones generales que definen el ejercicio del derecho de separación. El criterio ha sido, además reiterado, por distintas resoluciones de Audiencias Provinciales (*vide* al respecto, sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 4.ª) Sentencia núm. 84/2014 de 21 marzo; sentencia, que trae causa de la anterior, de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 4.ª) Sentencia núm. 12/2018 de 15 enero; sentencia de la Audiencia de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4.ª) Sentencia núm. 322/2015 de 2 diciembre.)

Procede la desestimación del motivo de recurso.

3. El mismo destino desestimatorio merecen el resto de motivos, aún incidentales, que resultan de los escritos de la sociedad.

En primer lugar, porque el hecho de que no exista desacuerdo entre las partes, ya que la sociedad ha negado la existencia de ejercicio del derecho de separación, no excluye en absoluto la facultad del socio de instar el procedimiento de designación de experto independiente.

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.

Tampoco es relevante a los efectos de la presente las consecuencias económicas que para la sociedad pueda tener el ejercicio del derecho de separación, derecho legalmente reconocido al socio en el supuesto del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. Como resulta de la regulación legal (*vide* artículo 356 de la Ley de Sociedades de Capital), el reembolso del valor razonable determinado por el experto independiente (art. 354), es una obligación de la sociedad que puede ser llevada a cabo de distintas formas pero que no condiciona el ejercicio del derecho individual del socio reconocido en el artículo 348 bis de la propia Ley, aún en el supuesto, como reconoce la reiterada sentencia 32/2006 de 23 enero, de nuestro Tribunal Supremo, de que la cifra de capital caiga por debajo del mínimo legal.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Madrid núm. 12, don Adolfo García Ferreiro de fecha 15 de enero 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, que pone fin a la vía administrativa conforme al artículo 114.1. a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, podrá ser impugnada ante los juzgados y tribunales competentes del orden jurisdiccional civil.

Madrid, 10 de mayo de 2019 (2.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Madrid.

Resolución de 10 de mayo de 2019 (3.ª)

En el expediente 21/2019 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Medios de Azahar, S.A.».

HECHOS

I

Doña B. M. O. presentó un escrito de fecha 16 de enero de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Castellón de la Plana, 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 «Medios de Azahar, S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

Acredita la titularidad de un 5,88 % de las acciones de la sociedad en la persona de don J. V. V. B. mediante escritura autorizada por el notario de Castellón don José Vicente Malo Castellón de fecha 25 de abril de 2012.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: Que a la fecha de la solicitud la señora solicitante no era socio de la sociedad ni figuraba como tal en el libro registro de socios. Que la señora solicitante y don J. V. V. B. han estado casados en régimen de gananciales hasta que en fecha 10 de enero de 2019, fecha anterior a la solicitud, han acordado la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales lo que se justifica con copia del documento que así lo acredita. Que del citado documento resulta que las acciones corres-

pondientes a la sociedad Medios de Azahar, S.A. han sido adjudicadas al esposo don J. V. V. B.

Se acompaña copia del documento citado del que resulta que doña B. M. O. y don J. V. V. B. acuerdan la disolución de gananciales y adjudicación de los bienes que la integran en el que constan las acciones de la sociedad Medios de Azahar, S.A. que son adjudicadas en su integridad a don J. V. V. B.

III

La Registradora Mercantil de Castellón de la Plana, doña Gloria Elena Fernández Jalvo dictó resolución en fecha 28 de enero de 2019 por la que acordó inadmitir solicitud y rechazar la pertinencia de nombramiento del auditor solicitado.

IV

Doña B. M. O., por escrito que tuvo entrada el día 19 de febrero de 2019 en el Registro Mercantil de Castellón de la Plana, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base, resumidamente, a los siguientes argumentos: Que el hecho de no constar en el libro registro de socios no le priva de sus derechos sobre el 50 %. Que las acciones eran de naturaleza ganancial y aunque es cierto que existía un acuerdo firmado no existía sentencia judicial firme en el momento de la solicitud por lo que cabía recurso de apelación. Que, aunque esto ya no es posible sí que cabe un nuevo juicio solicitando la nulidad del acuerdo por dolo o vicio del consentimiento o rescisión por lesión. Que en todo caso procedería la designación de experto independiente al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital pues el valor de las acciones debe ser su valor real hasta el punto de que el cónyuge no socio tiene las acciones de los artículos 1390 y 1393.2 del Código Civil. Que la resolución de la registradora lesiona sus derechos a conocer el valor real de las acciones siendo indiferente si se designa un auditor o un experto.

Con posterioridad y mediante escrito de fecha 6 de marzo de 2019, la sociedad pone de manifiesto ante el Registro Mercantil que el socio don J. V. V. B. no resultaba a la fecha de la solicitud socio de más de un 5 % del capital social pues según resulta de la escritura, que se acompaña, de fecha 9 de agosto de 2013 autorizada por el notario don José Vicente Malo Concepción la sociedad procedió al aumento de capital mediante acuerdo adoptado en su junta general y universal de fecha 24 de junio de 2013, sin que el socio ejercitase su derecho de adquisición preferente quedando reducido su porcentaje a un 3, 57 % del capital social.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. El recurso no puede prosperar pues ninguna de las alegaciones que lleva a cabo la recurrente puede enervar la resolución de la Registradora Mer-

cantil de la que resulta su falta de legitimación para el ejercicio del derecho a que se refiere el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

Son hechos que resultan del expediente los siguientes:

a) Que don J. V. V. B. suscribió acciones de la sociedad estando casado en régimen de gananciales con la solicitante siendo su porcentaje del 5,88 % del capital social en el año 2012.

b) Que la participación del socio quedó reducida tras determinado negocio y acuerdo de aumento de capital por debajo del 5 %. Consta acreditado en el expediente que así era desde el año 2013 y al tiempo de la solicitud.

c) Que los cónyuges don J. J. V. B. y doña B. M. O. obtuvieron sentencia de divorcio en fecha 26 de mayo de 2015 y que en fecha 10 de enero de 2019 firmaron un acuerdo de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales del que resulta la adjudicación a don J. J. V. B. del conjunto de acciones de la sociedad Medios de Azahar S. A.

2. Así las cosas no se aprecia legitimación en la persona de la solicitante. En primer lugar, porque el porcentaje de acciones cuya titularidad reclama como fundamento de su solicitud no alcanza el mínimo del 5 % que exige el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

Como ha reiterado esta Dirección (*vide* entre las más recientes resoluciones de 29 y 30 de julio y 12 de septiembre de 2014 y 16 de junio y 4 de julio de 2017), el solicitante debe acreditar su condición de socio si bien es suficiente la aportación de un principio de prueba por escrito, pues se estima que el Reglamento del Registro Mercantil –artículo 351.2– no ha pretendido ser especialmente exigente con el socio a la hora de pedirle que acredite documentalmente su condición, e incluso que no siempre resulta exigible dicha justificación documental –«en su caso», dice el precepto–. Por su parte y en lo referente a la negación de la legitimación se ha concluido –a pesar del tenor literal del artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil– que por sí sola no basta para justificar la oposición y que es necesario que la sociedad aporte, a su vez, prueba que demuestre que no reúne tal condición o que su porcentaje de capital no alcanza el mínimo exigido, pretendiendo con ello no introducir un desequilibrio en el principio de igualdad jurídica de las partes intervinientes que evidentemente la Ley no pretende.

En el caso que nos ocupa, se ha aportado por la solicitante un principio de prueba: copia de la escritura de 25 de abril de 2012 de la que resulta un porcentaje de titularidad del 5,88 % del capital social. La sociedad por su parte aporta una escritura posterior de fecha 9 de agosto de 2013 de la que resulta que antes de la adopción de un acuerdo de aumento de capital, al que no acude don J. V. V. B., su porcentaje era del 4,20 % lo que complementa mediante un certificado emitido por el propio don J. V. V. B., actuando como secretario del consejo de administración y que cuenta con el visto bueno del presidente del que resulta que su participación asciende a un 3,57 % tras dicha ampliación. No se reúne pues el requisito de porcentaje a que se refiere el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

3. A lo anterior hay que añadir la circunstancia, que resulta del expediente, que las acciones, cuya ganancialidad no era objeto de disputa, han sido adjudicadas por acuerdo de las partes a don J. V. V. B. por documento de fecha 10 de enero de 2019.

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.

4. 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.

5. 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 1987, citada por la propia recurrente, en la que se señala que «en tanto que bien ganancial, la participación social estará sujeta al régimen de gestión de los bienes gananciales, en el que, si bien es regla general la cogestión, es indudable la aplicación del inciso primero del 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.»

6. 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).

7. 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.

8. 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.

9. 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).

10. 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).

11. Aplicando las consideraciones anteriores al supuesto de hecho resulta que la solicitante carece por completo de legitimación por razón de la gananCialidad de las acciones. Ni el mero hecho de que fuera indiscutida dicha condición le concedía el derecho a ejercitar las facultades inherentes a la condición de socio (que no ostentaba más que don J. V. V. B.), ni el hecho de la disolución de la comunidad conyugal le proporciona legitimación para, por si sola, ejercitarlas al carecer la solicitud del consentimiento del otro partícipe. A ello hay que añadir la circunstancia de que si bien es cierto que resulta del expediente la existencia de un procedimiento judicial sobre formación de inventario no lo es menos que las partes han alcanzado un acuerdo extrajudicial, acuerdo que les vincula en su aspecto patrimonial y que, la misma solicitante

reconoce que no puede impugnar salvo iniciando un nuevo procedimiento cuya incoación no resulta del expediente.

En definitiva, ni durante la vigencia de la sociedad de gananciales ni tras su disolución ha ostentado la solicitante legitimación para, por si sola, ejercer el derecho a la verificación de las cuentas anuales a que se refiere el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. Tampoco lo ostenta tras el acuerdo de liquidación de la sociedad de gananciales pues del mismo resulta la adjudicación al otro cónyuge del conjunto de las acciones que ostentaba en la sociedad a que se refiere la presente.

12. La recurrente entiende que tiene derecho a conocer el valor real de las acciones que han sido objeto de liquidación y apela, por un lado, al derecho a que se designe experto independiente al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y, por otro, a la posibilidad de ejercicio de acciones de nulidad o de rescisión.

En relación a la primera cuestión, no puede convertirse este expediente en expediente de solicitud de nombramiento de experto independiente a los efectos del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y 363 del Reglamento del Registro Mercantil. No resulta así ni de la solicitud ni del supuesto de hecho.

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

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

El mandato que recibe el experto designado por el Registrador Mercantil en el supuesto de que se solicite de conformidad con la previsión del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital, es mucho más específico pues consiste en llevar a cabo la valoración razonable de las participaciones o acciones del socio que se separa. Precisamente porque el mandato es de valo-

ración y no de informe de verificación contable el designado puede ser o no auditor de cuentas siempre que esté capacitado para la labor encomendada (como recoge el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital tras la reforma que del mismo llevó a cabo la disposición final 4.15 de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas).

Por lo que se refiere a la segunda cuestión, la existencia de este procedimiento no altera en absoluto el acceso a la jurisdicción de la promotora del expediente. Si entiende que el acuerdo de liquidación a que ha llegado, y cuya existencia y contenido no discute, le produce un perjuicio o está afectado de vicio que lo invalide, puede ejercer las acciones que el ordenamiento le proporciona. Lo que no puede pretender es que está Dirección acceda a su pretensión cuando el objeto de este expediente se limita a comprobar si concurren los requisitos previstos en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital para la designación de auditor a instancia de la minoría. La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la Constitución Española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la Registradora Mercantil de Castellón de la Plana, doña Gloria Elena Fernández Jalvo de fecha 28 de enero 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, que pone fin a la vía administrativa conforme al artículo 114.1. a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, podrá ser impugnada ante los juzgados y tribunales competentes del orden jurisdiccional civil.

Madrid, 10 de mayo de 2019 (3.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de Castellón.

Resolución de 10 de mayo de 2019 (4.ª)

En el expediente 36/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Cándido Crespo, S.L.».

HECHOS

I

Doña …… presentó escrito de fecha 11 de enero de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Zaragoza, en el que tuvo su entrada el mismo día 11, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley 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 «Cándido Crespo, S.L.». (en concreto, titular del 40 % del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 16 de enero de 2019 en el domicilio social, siendo recibido el día 21 del mismo mes, formulando oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito de 25 de enero presentado el día siguiente, alegando la «improcedencia de nombramiento de auditor para la sociedad en liquidación, en tanto que existe acuerdo de Junta General de aprobación del balance final de liquidación en fecha 26 de diciembre de 2018, así como la extinción de dicha sociedad».

Mediante resolución de fecha 5 de febrero 2019 el Registrador Mercantil de Zaragoza, Joaquín J. Oria Almudí, requiere a la mercantil para que aporte copia del acta notarial de la junta de 26 de diciembre de 2018 y de la escritura de liquidación y extinción de la sociedad. Dicho requerimiento es atendido en cuanto a la primera de las peticiones mediante escrito de fecha 16 de febrero de 2019, que es presentado el día 21 del mismo mes, añadiendo que, «con respecto a la escritura de liquidación y extinción de la sociedad, y a pesar de que como acredita el acta anterior la liquidación ya está concluida, aún no se puede aportar, en cuanto que hubo un voto en contra de la aprobación de la liquidación en la Junta de 26 de diciembre de 2018».

III

El Registrador Mercantil de Zaragoza, Joaquín J. Orín Almudí, dictó resolución de fecha 22 de febrero de 2019 por la que acordó «desestimar la oposición presentada, y que, en consecuencia, procede el nombramiento de auditor para las cuentas anuales de 2018 de la compañía «Cándido Crespo, S.L., en liquidación».

IV

Don ……, en su condición de liquidador de la mercantil, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 22 de febrero, reiterando los argumentos expuestos en el escrito de oposición.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 39/2015, de 1 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 *intuitu personae* entre la empresa o entidad y el profesional que recibe el encargo de llevar a efecto la revisión.» Y más adelante continúa: «La designación se verifica no en razón de condiciones o circunstancias que puedan concurrir en un determinado profesional, sino por un mecanismo aleatorio que tiene por base una consideración de equivalencia o igualdad entre los profesionales inscritos en las listas.» Para terminar afirmando que: «Hay que añadir a ello la consoli-

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

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

Inscrito el nombramiento de auditor voluntario el depósito de las cuentas sólo puede llevarse a cabo si vienen acompañadas del oportuno informe de verificación. Así lo ha sancionado expresamente la modificación del artículo 279 de la Ley de Sociedades de Capital (que entró en vigor el día 1 de enero de 2016; disposiciones finales cuarta y decimocuarta de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas), cuando dice en su inciso final: «Los administradores presentarán también, el informe de gestión, si fuera obligatorio, y el informe del auditor, cuando la sociedad esté obligada a auditoría por una disposición legal o ésta se hubiera acordado a petición de la minoría o de forma voluntaria y se hubiese inscrito el nombramiento de auditor en el Registro Mercantil.»

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

2. En el presente expediente resulta que la sociedad se encuentra en fase de liquidación sin que se haya otorgado, ni por lo tanto inscrito, la oportuna escritura de liquidación y extinción de la misma. La cuestión se traslada por tanto a si es procedente el nombramiento de auditor al encontrarse la sociedad en fase de liquidación si bien dicha situación es reversible al no constar la liquidación y extinción de la misma.

3. El recurso no puede prosperar por el motivo alegado ya que respecto de la apertura de la fase de liquidación de la mercantil, como ha reiterado esta Dirección durante la fase liquidataria de la sociedad su personalidad jurídica subsiste hasta que se haya cancelado en el Registro los asientos referentes a la

sociedad extinguida e incluso más allá en tanto no se hayan extinguido el conjunto de sus relaciones jurídicas (*vide* arts. 398 a 400 de la Ley de Sociedades de Capital y resolución de 7 de diciembre de 2012 en sede de recursos gubernativos). Además, la naturaleza esencialmente reversible de la sociedad en liquidación (art. 370 de la Ley de Sociedades de Capital y resolución en materia de recursos gubernativos de fecha 12 de marzo de 2013), justifica que durante este periodo no exista impedimento legal alguno al nombramiento de auditor a instancia de la minoría. La sociedad en el caso que nos ocupa, no ha sido cancelada en el Registro y subsiste la posibilidad de su reactivación por lo que procede el nombramiento de auditor solicitado (*vide* resoluciones de 9 de diciembre de 2005, 31 de octubre de 2006 y 9 de febrero de 2011 entre otras).

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Zaragoza, Joaquín J. Oria Almudí, de fecha 22 de febrero de 2019, por la que resuelve desestimar la oposición de la sociedad, procediendo al nombramiento del auditor de cuentas solicitado.

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

Madrid, 10 de mayo de 2019 (4.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de Zaragoza.

Resolución de 10 de mayo de 2019 (5.ª)

En el expediente 39/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de varios socios de «Dibarma Ciem, S.L.».

HECHOS

I

Doña …… presentó escrito de fecha 1 de febrero de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 4 del mismo mes, en el que solicitó, al amparo

del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, y como titular de más del 5 % del capital social de la mercantil «Dibarma Ciem, S.L.»» (en concreto, titular del 25 % del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 5 de febrero de 2019 en el domicilio social, siendo recibido el día 8 del mismo mes, formulando oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito de 13 de febrero presentado el día siguiente, alegando que «la sociedad "Dibarma Ciem, S.L." ha sido disuelta y liquidada mediante sendos acuerdos de Junta de fecha 12 de febrero de 2019 al encontrarse la sociedad incursa en causa de disolución y haberse procedido a su liquidación conforme a las circunstancias que se detallan»; añadiendo que «la sociedad no dispone actualmente de recurso alguno, por lo que no puede hacerse cargo del abono de los honorarios del auditor cuya intervención se solicita».

III

El Registrador Mercantil de Madrid, Alberto Yusta Benach, dictó resolución de fecha 21 de febrero de 2019 por la que acordó «desestimar la oposición de la sociedad, declarando procedente el nombramiento de auditor de cuentas para verificar las correspondientes al ejercicio 2018 de la sociedad "Dibarma Ciem, S.L.".».

IV

Don ……, en nombre y representación de la mercantil, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 21 de febrero, reiterando los argumentos expuestos en el escrito de oposición anteriormente referido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

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

tro Directivo ha mantenido que la finalidad del art. 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital es la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la estructura empresarial, para lo cual dicho artículo reconoce y regula el derecho a la verificación de la contabilidad social por un profesional independiente nombrado por el Registrador Mercantil a instancia de los socios que reúnan un mínimo de participaciones sociales o acciones equivalentes al 5 % del capital social y siempre que presenten su solicitud en los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social.

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

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

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: a) Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de

auditor. b) Que se garantice el derecho del socio al informe de auditoría, lo que solo puede lograrse mediante la inscripción del nombramiento, mediante la entrega al socio del referido informe o bien mediante su incorporación al expediente.

Inscrito el nombramiento de auditor voluntario el depósito de las cuentas sólo puede llevarse a cabo si vienen acompañadas del oportuno informe de verificación. Así lo ha sancionado expresamente la modificación del artículo 279 de la Ley de Sociedades de Capital (que entró en vigor el día 1 de enero de 2016; disposiciones finales cuarta y decimocuarta de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas), cuando dice en su inciso final: «Los administradores presentarán también, el informe de gestión, si fuera obligatorio, y el informe del auditor, cuando la sociedad esté obligada a auditoría por una disposición legal o ésta se hubiera acordado a petición de la minoría o de forma voluntaria y se hubiese inscrito el nombramiento de auditor en el Registro Mercantil.»

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

2. En el presente expediente resulta que la sociedad se encuentra en fase de liquidación; alegando a su vez el recurrente que carece de recursos para satisfacer los honorarios del auditor cuya designación es objeto del presente expediente. La cuestión se traslada por tanto a si es procedente el nombramiento de auditor al encontrarse la sociedad en fase de liquidación y, en segundo lugar, si el Registrador Mercantil debe tener en consideración la carencia de actividad y recursos de la sociedad.

3. El recurso no puede prosperar por ninguno de los motivos alegados. En primer lugar, respecto de la apertura de la fase de liquidación de la mercantil, como ha reiterado esta Dirección durante la fase liquidatoria de la sociedad su personalidad jurídica subsiste hasta que se haya cancelado en el Registro los asientos referentes a la sociedad extinguida e incluso más allá en tanto no se hayan extinguido el conjunto de sus relaciones jurídicas (*vide* arts. 398 a 400 de la Ley de Sociedades de Capital y resolución de 7 de diciembre de 2012 en sede de recursos gubernativos). Además, la naturaleza esencialmente reversible de la sociedad en liquidación (art. 370 de la Ley de Sociedades de Capital y resolución en materia de recursos gubernativos de fecha 12 de marzo de 2013), justifica que durante este periodo no exista impedimento legal alguno al nombramiento de auditor a instancia de la minoría. La sociedad en el caso que nos ocupa, no ha sido cancelada en el Registro y subsiste la posibilidad de su reactivación por lo que procede el nombramiento de auditor solicitado (*vide* resoluciones de 9 de diciembre de 2005, 31 de octubre de 2006 y 9 de febrero de 2011 entre otras).

4. En segundo lugar, respecto de la situación económica de la sociedad, así como de la actividad desarrollada por la misma en el ejercicio 2018, debe

recordarse la doctrina elaborada por este Centro Directivo en relación al ámbito del presente 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 o cuestiones relativas a la situación 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, aunque su ejercicio suponga para la sociedad un coste económico como resulta claramente del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Madrid, Alberto Yusta Benach, de fecha 21 de febrero de 2019, por la que resuelve desestimar la oposición de la sociedad, procediendo al nombramiento del auditor de cuentas solicitado.

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

Madrid, 10 de mayo de 2019 (5.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de Madrid.

Resolución de 10 de mayo de 2019 (6.ª)

En el expediente 41/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Recambios Gadisan Motor Ciudad Real, S.L.».

HECHOS

I

Don …… presentó escrito de fecha 7 de enero de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Ciudad Real, en el que tuvo su entrada el mismo día 7 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 «Recambios Gadisan Motor Ciudad Real, S.L.». (en concreto, manifiesta ser titular del 30 % del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 26 de febrero de 2019 en el domicilio social por correo certificado con acuse de recibo, formulando oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito de fecha 6 de marzo de 2019 que tuvo su entrada en el registro mercantil el mismo día 6 de marzo, suscrito por …… y ……, en su condición de administradores mancomunados de la mercantil, según resulta del expediente obrante en esta Dirección General. En dicho escrito de oposición se alega, en esencia, la condición de administrador mancomunado del solicitante, el hecho de que el solicitante, Sr. ……, tiene pleno acceso a la contabilidad de la compañía y a sus soportes, así como a todas las facetas de la vida de la empresa. Asimismo, se alega también que, aun aceptando que la solicitud se ajustase a la normativa aplicable, se trataría en cualquier caso de un claro abuso de derecho, que por tanto no merece amparo alguno.

III

La Registradora Mercantil de Ciudad Real, María Montaña Zorita Carrero, dictó resolución de fecha 11 de marzo de 2019 por la que acordó desestimar la oposición efectuada y estimar el nombramiento de auditor solicitado para el ejercicio 2018.

IV

…… y ……, en su condición de administradores mancomunados de la mercantil, según resulta del expediente, interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección General contra la anterior resolución de fecha 11 de marzo de 2019, 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 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 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 primera cuestión relativa a la condición de administrador mancomunado del solicitante, 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, como es el caso que nos ocupa, 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, el socio solicitante es efectivamente administrador mancomunado, 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 marcha de la sociedad –«vida de la empresa»– por parte del solicitante y acceso del mismo a la contabilidad, 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 audito-

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

En consecuencia, este Centro Directivo no puede valorar la conducta del solicitante tal como pretende el recurrente. El objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital prevé para que se acuerde la pertinencia de nombramiento de auditor a instancia de la minoría. La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la constitución española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

4. 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 2018.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la Registradora Mercantil de Ciudad Real, María Montaña Zorita Carrero, de fecha 11 de marzo de 2019 por la que acordó desestimar la oposición efectuada y estimar el nombramiento de auditor solicitado para el ejercicio 2018.

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

Madrid, 10 de mayo de 2019 (6.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de Ciudad Real.

Resolución de 10 de mayo de 2019 (7.ª)

En el expediente 46/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Talleres Tarema, S.L.»

TALLERES TAREMA, S.L.».

HECHOS

I

Doña …… presentó escrito de fecha 20 de febrero de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Zaragoza, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5 % del capital social de la mercantil «Talleres Tarema, S.L.» (titular del 50 % del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 26 de febrero de 2019 en el domicilio social, formulando oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito de 12 de marzo presentado el mismo día, alegando que «los únicos socios de la entidad “Talle-

res Tarema, S.L." al 50 % cada uno de ellos, son don …… (a la vez administrador), y doña …… (solicitante de la auditoría). Ambos eran matrimonio, que fue disuelto por sentencia de divorcio de fecha 7 de abril de 2001. Es el caso que se está tramitando ante el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 6 de Zaragoza el proceso de liquidación de la sociedad conyugal» indicando que si bien se ha propuesto que la totalidad de las participaciones le sean adjudicadas a don …… aún no ha recaído sentencia judicial en el dicho procedimiento.

III

El Registrador Mercantil de Zaragoza, Joaquín Orla Almudí, dictó resolución de fecha 14 de marzo de 2019 por la que acordó que «siendo por tanto socia de la sociedad en el momento de la solicitud y no habiendo dejado de serlo en el momento de la presentación de las alegaciones, procede acordar la designación de auditor por cumplirse la totalidad de los requisitos legalmente establecidos».

IV

Don …… interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 14 de marzo reiterando que «se está tramitando ante el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 6 de Zaragoza el proceso de liquidación de la sociedad conyugal».

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

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

Inscrito el nombramiento de auditor voluntario el depósito de las cuentas sólo puede llevarse a cabo si vienen acompañadas del oportuno informe de verificación. Así lo ha sancionado expresamente la modificación del artículo 279 de la Ley de Sociedades de Capital (que entró en vigor el día 1 de

enero de 2016; disposiciones finales cuarta y decimocuarta de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas), cuando dice en su inciso final: «Los administradores presentarán también, el informe de gestión, si fuera obligatorio, y el informe del auditor, cuando la sociedad esté obligada a auditoría por una disposición legal o ésta se hubiera acordado a petición de la minoría o de forma voluntaria y se hubiese inscrito el nombramiento de auditor en el Registro Mercantil.»

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

2. El objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital prevé para que se acuerde la pertinencia de nombramiento de auditor a instancia de la minoría. La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (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 moniritario conforme a lo anteriormente expuesto.

3. En el presente expediente el recurso planteado no puede prosperar al quedar acreditada la legitimidad del solicitante pues según resulta, tanto de la documentación aportada por la sociedad como de la propia resolución recurrida, que tanto en el momento de la solicitud a instancia del socio minoritario como en el de la formulación de alegaciones por parte de la sociedad como en el de la interposición de recurso de alzada la solicitante ostentaba la condición de socia siendo titular del 50 % del capital. Por tanto, en consideración a que la sociedad no está obligada a auditar sus cuentas, la solicitante ostenta la condición de socia en el momento de dictar la presente resolución siendo titular de más del 5 % del capital social, y ha transcurrido más de tres meses desde la fecha de cierre del ejercicio social sin que conste inscrito el nombramiento de auditor voluntario a instancia de la sociedad, procede confirmar la calificación recurrida procediendo a designar auditor a instancia de la socia minoritaria.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Zaragoza, Joaquín Orla Almudí, de fecha 14 de marzo 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, que pone fin a la vía administrativa conforme al artículo 114.1. a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, podrá ser impugnada ante los juzgados y tribunales competentes del orden jurisdiccional civil.

Madrid, 10 de mayo de 2019 (7.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de Zaragoza.

Resolución de 10 de mayo de 2019 (8.ª)

En el expediente 26/2019 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Autovía del Turia Concesionaria de la Generalitat Valenciana, S.A.».

HECHOS

I

Don V. P. A., como persona física representante de la mercantil «Cíclica de Negocios S.L. », administradora única de la sociedad Parking Plaza de Toros Villena S.L., presentó un escrito de fecha 9 de enero de 2018 *(sic)*, 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 «Autovía del Turia Concesionaria de la Generalitat Valenciana, S.A.», el nombramiento de un experto para que proceda a la determinación del valor razonable de las acciones como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación.

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

a) Que la sociedad «Autovía del Turia Concesionaria de la Generalitat Valenciana, S.A.» celebró junta general el día 12 de junio de 2018 en la que se acordó por mayoría que no hubiese reparto de dividendo. Que su representada «Parking Plaza de Toros Villena S.L.» votó a favor de la distribución de dividendo de al menos un tercio del beneficio obtenido. De copia del acta de la junta resulta que se votó a favor de la aplicación del resultado en parte a reservas legales y en parte a reservas voluntarias, así como la manifestación del hoy solicitante sobre la necesidad de destinar a dividendo, como mínimo, la cantidad a que hace referencia el artículo 348 bis, así como su voto expreso en contra a las cuentas del ejercicio 2017 y a la aplicación del resultado y su acogimiento al derecho de separación.

b) Que mediante acta autorizada por el notario de Valencia don Ángel López-Amo Calatayud en fecha 6 de julio de 2018 y de sus diligencias de fechas 12 y 31 de julio de 2018 resulta tanto la remisión de la copia del requerimiento como su entrega a la sociedad destinataria.

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 nos encontramos ante un problema de valoración sino ante una materia que en caso de discrepancia debe resolverse por los Tribunales de Justicia. Que la solicitud es incompleta en la información que proporciona pues oculta los motivos que han llevado a la sociedad para determinar la inexistencia de dividendos legalmente distribuibles. 2.º Que no concurren las circunstancias previstas en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital al no existir dividendos legalmente distribuibles tal y como resulta de las sesiones del consejo de fechas 7 de marzo y 5 de septiembre de 2018 a las que asistió el solicitante, así como de la carta remitida al propio solicitante. Que no ignorando dichas circunstancias el solicitante se sitúa en situación de conflicto al no actuar en interés de la sociedad. 3.º Que la sociedad es una concesionaria de la Generalitat de Valencia en cuyo marco suscribió el día 14 de junio de 2006 un contrato de crédito con un sindicato de acreedores, acuerdo de financiación garantizado por todos los accionistas de forma que dicho contrato y los convenios de él derivados forman parte del conjunto de normas que vinculan el funcionamiento de la sociedad, incluso exigiendo que los accionistas no puedan acuerdos que impliquen el incumplimiento de lo pactado. Que entre las condiciones del crédito están las derivadas para que la sociedad pueda repartir dividendo cuyo incumplimiento implicaría el vencimiento anticipado de toda la deuda. Que así ha ocurrido al tiempo de la aprobación de las cuentas de 2017 en que la sociedad no cumplía dichas condiciones por lo que no puede hablarse de que existieran dividendos legalmente repartibles. Que siendo la sociedad concesionaria de la Administración no puede adoptar decisiones que la situarían en incumplimiento automático de sus obligaciones, la imposibilidad de cumplir con su objeto y la incursión en causa de resolución de la concesión.

Se acompaña copia de la escritura pública autorizada por el notario de Madrid don Rafael Monjo Carrió en fecha 14 de junio de 2006 (1543 de protocolo), de la que resulta la elevación a público de un contrato de la misma fecha entre un conjunto de entidades de crédito y la sociedad concesionaria. De la cláusula 15.ª, denominada Retribución a los accionistas, resulta que la sociedad no podrá distribuir fondos sin el acuerdo previo y escrito de la mayoría de las cantidades acreditantes salvo que se den determinadas circunstancias y que, aun así, el dividendo repartible será la menor de dos posibles cantidades.

Se acompaña copia de la escritura pública autorizada por el notario de Madrid don Rafael Monjo Carrió en fecha 14 de junio de 2006 (1545 de protocolo), por el que se eleva a público el contrato de asunción de compromisos y obligaciones y de prenda entre la sociedad y sus accionistas (entre las que no se encuentra la sociedad solicitante), y las entidades acreditantes del que resulta, entre otras muchas cuestiones, la obligación de no votar decisiones que supongan un incumplimiento de las obligaciones de los documentos financieros constituyendo prenda sobre sus acciones a favor de las entidades acreditantes.

Se acompaña copia de la carta remitida al hoy solicitante y fechada el día 16 de agosto de 2018 en la que, entre otras cuestiones, se pone de manifiesto que no se cumplen las previsiones del artículo 15 del contrato de financiación para la distribución de fondos a los accionistas, recordando que el pago de dividendo pondría a la sociedad en situación de incumplimiento de contrato y de vencimiento anticipado del conjunto de las obligaciones pactadas e imposibilidad de cumplimiento del objeto social.

Del acta de la reunión del consejo de administración de fecha 7 de marzo de 2018 resulta, en lo que ahora interesa, que ante la solicitud de reparto de dividendo que llevó a cabo un consejero se puso de manifiesto que la cláusula 15.ª del contrato de crédito mercantil restringe el reparto de dividendo a lo que se añade que la cuenta de reserva para el servicio de la cuenta está desdotada, siendo su dotación condición necesaria para poder realizar

distribución de beneficio como resulta de la citada clausula. Que en base a lo anterior se vota la propuesta de aplicación por el consejo en los términos ya expuestos.

Del acta de la reunión del consejo de administración de fecha 5 de septiembre de 2018 resulta, en lo que ahora interesa, que el consejo, debidamente informado el requerimiento notarial a que hace referencia el apartado anterior acuerda no reconocer la procedencia del derecho de separación habida cuenta de la existir restricciones para la distribución de beneficios prevista en el artículo 15 del contrato de crédito de financiación que justifican la decisión que en su día adoptó el propio consejo de administración.

III

El Registrador Mercantil de Valencia núm. 3, don Carlos Javier Orts Calabuig dictó resolución en fecha 4 de febrero 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 acciones como consecuencia de que el incumplimiento de las condiciones reseñadas no consta en los estatutos como causa de no distribución de dividendo.

IV

Don F. D. E. A., como Director Gerente de la sociedad, por escrito que tuvo entrada el día 28 de febrero de 2019 en el Registro Mercantil de Valencia, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a, resumidamente, los siguientes argumentos: 1.º Que el derecho de separación se articula sobre unos beneficios sobre los que la sociedad carecía de poder de disposición en virtud de las obligaciones derivadas del contrato de financiación para la ejecución del de concesión de obra pública que constituye el objeto único de la sociedad. Que existe un error de interpretación del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital en cuanto no estamos ante beneficios repartibles. Que así lo confirma la sentencia 169/2018 del Juzgado núm. 1 del Juzgado de lo Mercantil de Badajoz de 16 de octubre. Que la norma previene la actuación abusiva del accionista mayoritario, pero no en términos absolutos hasta anteponerse a la voluntad unánime de la sociedad. Que aparte otras sentencias que así lo han reconocido lo ha venido a hacer la reforma llevada a cabo del precepto por la Ley 11/2018 que viene a precisar el concepto al hablar ahora de beneficios legalmente distribuibles frente al anterior de legalmente repartibles. Que el hecho de que existan beneficios no quiere decir que sean automáticamente repartibles si previamente hay que dotar otras cuentas para cumplir los requisitos propios de la financiación de la concesión de obra pública. Que así conceptuado, el derecho de separación no ampara ni la situación de abuso por la minoría ni el incumplimiento de los contratos vigentes que obligan a la sociedad y al propio socio minoritario que lo invoca implicando la liquidación de la sociedad con pérdida de su objeto e incumplimiento de su finalidad social y perjuicio del interés público. Que sentado que el artículo 348 bis no puede concebirse en términos absolutos es preciso tener en cuenta que una de las modalidades de financiación de las concesiones de obra pública de autopistas es el denominado peaje en la sombra expresamente contemplado en la Ley 13/2003, posteriormente integrada en la Ley 30/2007 y posteriormente en el Texto Refundido del Real Decreto Legislativo 3/201. Que de dicha regulación resulta la posibilidad para el concesionario de acudir a la financiación privada de donde resulta que no es una cuestión estrictamente privada sino expresamente reconocida por la Ley. Que de lo anterior resulta que el reparto de dividendo en contra de la previsión del contrato de financiación no es legalmente posible haciendo que no sea legalmente repartible. Que la resolución del Registrador Mercantil es demasiado formalista al entender

que dicho motivo no se encuentra expresamente entre los contemplados como de exclusión del derecho de separación. Que así resulta de la resolución judicial citada anteriormente. Que, aunque dicho motivo no conste expresamente en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, es labor del operador jurídico integrar la norma. Que en este sentido y aunque no resulte de los estatutos de la sociedad la imposibilidad de incumplir el acuerdo de financiación nos encontramos ante una sociedad concesionaria sujeta a la Ley de Sociedades de Capital, pero también a su propia normativa y al pliego de condiciones que ha de cumplirse estrictamente. Que el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la financiación de la infraestructura está indisolublemente ligado al cumplimiento del objeto social de donde resulta que no solo es legalmente inviable el reparto de dividendo sino también estatutariamente cuyo incumplimiento provoca la quiebra *(sic)*, y la liquidación de la concesionaria. Que los propios acreedores así lo entienden como resulta del escrito del agente remitido el 27 de febrero de 2019. Que de todo lo anterior resulta que los beneficios no eran legalmente repartibles. Que a lo anterior hay que añadir que todos los accionistas dieron su conformidad a las limitaciones derivadas del contrato de financiación lo que pone de manifiesto la mala fe y el abuso de derecho del solicitante. Que la sociedad ignora cuales sean las vicisitudes que afectan a la sociedad Servicios y Contratas Prieto S. A. (uno de los firmantes del contrato que se ha reseñado más arriba), y sus sociedades vinculadas como es la solicitante, que en cualquier caso no justifica poner en peligro la sociedad concesionaria. Que el socio prestó su consentimiento, como el resto de los accionistas, sin que pueda alegarse que no fue parte en el contrato de adhesión al de financiación pues al adquirir las acciones de la sociedad «Servicios y Contratas Prieto S. A.» se subrogó en la posición de socio sin que fuese precisa la renovación expresa de todos los pactos existentes y porque «Servicios y Contratas Prieto S. A.» y la solicitante pertenecen al mismo grupo amén de estar todas las acciones pignoradas lo que excluye lo que excluye también el derecho de separación. 2.º Que el reparto de dividendo no solo vulnera el contrato de financiación, sino que su ejecución lo haría igualmente determinando el vencimiento anticipado. Que como resulta del comunicado recibido por las entidades financiadoras: todos los socios asumieron las obligaciones derivadas del contrato de financiación con prenda de sus acciones. Que de pagarse el importe de las acciones su importe, como consecuencia de la prenda, estaría pignorado a favor de las entidades de crédito por lo que lo único que conseguiría es el depósito a favor de las mismas. Que el propio pago del dividendo supone un incumplimiento tanto del contrato de financiación como del contrato de asunción de obligaciones. 3.º Que la solicitud de ejercicio de derecho de separación se lleva a cabo por quien es persona física representante de una sociedad que es administradora de la sociedad llevándola a situación de causa de liquidación, actuación que no puede dejar de valorar la Dirección General de los Registros y del Notariado pues se lleva a cabo en desprecio manifiesto del interés social. Que al parecer la situación del grupo a que pertenece la sociedad solicitante se encuentra judicializada como consecuencia de determinadas acciones que deben ser objeto de valoración lo que no se ha llevado a cabo en la resolución impugnada.

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. Celebrada junta general de una sociedad anónima se acuerda por la mayoría social destinar el beneficio obtenido durante el ejercicio 2017 en parte a la dotación de la reserva legal y en parte a la dotación de la reserva voluntaria. Un socio, que en junta general había votado en contra con expresa reserva del derecho de separación al amparo de lo establecido en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, notifica posteriormente el ejercicio de su derecho de separación. El Registrador Mercantil estima la solicitud y la sociedad, que se había opuesto previamente a la solicitud, recurre en los extensos términos que resultan de los hechos.

La sociedad no discute los hechos narrados en el párrafo anterior. Su oposición y recurso se basan, en esencia, en tres argumentos:

a) Que la sociedad se constituyó para la ejecución de una concesión pública de obra que constituye su único objeto. Que para su ejecución y en cumplimiento de la normativa legal que especialmente se le aplica, se encuentra vinculada con un conjunto de entidades de crédito por un contrato de financiación del que derivan una serie de obligaciones que le impiden repartir beneficios sino se dan determinadas circunstancias que no concurren. De lo anterior la sociedad concluye que el concepto de beneficio repartible del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital debe interpretarse a la luz del conjunto de obligaciones que vinculan a la sociedad y que, dada su especial naturaleza concesional, conforman el acervo normativo que se le aplica lo que en definitiva excluye su aplicación.

b) Que las citadas obligaciones de la sociedad vinculan a los socios por haberlo así establecido expresamente en un contrato de asunción de obligaciones frente a las entidades de crédito y de pignoración de las acciones aun cuando el solicitante no fue el firmante de dicho contrato, pues al adquirir las acciones de quien sí lo hizo se subrogó en el conjunto de obligaciones inherentes a la condición de socio. Que de aquí resulta no sólo la inaplicación del artículo 348 bis sino la imposibilidad de ejercicio del derecho de separación por quedar, en su caso, las cantidades que constituyen el crédito de separación en beneficio de los acreedores.

c) Que el socio solicitante es perfectamente conocedor de todas estas circunstancias así como del hecho de que, de llevarse a cabo el reparto de divi-

dendo o de reconocerse el derecho de separación, se situaría a la sociedad en causa de incumplimiento del contrato de financiación, de su resolución, de incumplimiento de sus obligaciones como concesionaria y, en definitiva, de su fin social y de su objeto de donde resulta patente su mala fe y abuso de derecho, circunstancia que debe ser apreciada por esta Dirección General.

Por todo lo anterior la sociedad recurrente solicita la revocación de la resolución del Registrador Mercantil y la suspensión del procedimiento de designación de experto independiente.

2. El recurso no puede prosperar. Ninguno de los motivos expresados puede enervar el derecho individual del socio reconocido en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

Entrando en la primera cuestión planteada por el escrito de recurso, los desarrollados argumentos de la sociedad no pueden ser compartidos por esta Dirección General que, en este procedimiento estrictamente administrativo, no puede sino determinar si se han cumplido o no el conjunto de requisitos exigidos por el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital para el reconocimiento del derecho de separación.

Desde esta perspectiva no puede afirmarse, como hace la sociedad, que el conjunto de obligaciones derivadas de contratos en los que no ha sido parte el socio instante le vinculan hasta el punto de privarle de derechos que son inherentes a su condición; tampoco puede afirmarse que los beneficios obtenidos no sean repartibles como consecuencia de tales obligaciones extra estatutarias. Hacerlo así implicaría vulnerar principios básicos de nuestro ordenamiento jurídico como son el principio de relatividad contractual en sede de derecho de obligaciones (art. 1257 del Código Civil), y el principio de inoponibilidad frente al socio de los pactos realizados por la propia sociedad o por otros socios y que no se hayan incorporado a los estatutos sociales en sede de derecho de sociedades (art. 21 del Código de Comercio y 29 de la Ley de Sociedades de Capital).

Resulta del expediente el contrato de financiación a que se refiere la sociedad en el que, efectivamente, existe un pacto que limita la forma y ocasiones en que la sociedad puede repartir el dividendo; pero dicho contrato vincula a las partes que lo han firmado, no a terceros. La sociedad pretende combatir tal afirmación con fundamento en que el contrato de financiación firmado por ella, junto con el pliego de condiciones de la concesión que constituye su objeto, se integra en el acervo normativo que, por ser vinculante para la sociedad, lo es también para los socios. Tal afirmación es insostenible pues a los socios les vincula la Ley y los estatutos (art. 23 de la Ley de Sociedades de Capital), pero no los contratos que la sociedad como sujeto independiente de derecho, ha realizado con terceros. Para que así fuera habría sido preciso que la sociedad hubiera incorporado las limitaciones derivadas del contrato a los estatutos sociales.

La regulación legal del artículo 348 bis establece con absoluta claridad que los beneficios han de ser legalmente repartibles, lo que implica que deben

respetarse los límites establecidos en la propia Ley. Prescindiendo de otros supuestos irrelevantes para el supuesto de hecho, dispone el artículo 273 lo siguiente: «1. La junta general resolverá sobre la aplicación del resultado del ejercicio de acuerdo con el balance aprobado. 2. Una vez cubiertas las atenciones previstas por la ley o los estatutos, sólo podrán repartirse dividendos con cargo al beneficio del ejercicio, o a reservas de libre disposición, si el valor del patrimonio neto no es o, a consecuencia del reparto, no resulta ser inferior al capital social. A estos efectos, los beneficios imputados directamente al patrimonio neto no podrán ser objeto de distribución, directa ni indirecta. Si existieran pérdidas de ejercicios anteriores que hicieran que ese valor del patrimonio neto de la sociedad fuera inferior a la cifra del capital social, el beneficio se destinará a la compensación de estas pérdidas.»

Consecuentemente, la aplicación del resultado tiene como límite de naturaleza legal la cobertura de las pérdidas de ejercicios anteriores (en los términos establecidos en el precepto), así como la cobertura de la reserva legal de conformidad con el contenido del artículo 274.1 de la misma Ley: «En todo caso, una cifra igual al diez por ciento del beneficio del ejercicio se destinará a la reserva legal hasta que ésta alcance, al menos, el veinte por ciento del capital social.»

Fuera de estas limitaciones la distribución del resultado positivo del ejercicio está sujeta al libre albedrío de la junta general sin perjuicio de las consecuencias derivadas de la aplicación del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

Ahora bien, como resulta del propio artículo 273, nada impide que, junto a las limitaciones de naturaleza legal, los estatutos prevean la cobertura de otras necesidades lo que conlleva valorar el impacto que dicha previsión pueda tener sobre la aplicación del artículo 348 bis de la propia Ley. Es doctrina reiterada en numerosas ocasiones por esta Dirección General que debe partirse de que los estatutos sociales son la norma orgánica a la que debe sujetarse la vida corporativa de la sociedad durante toda su existencia, siendo pues su finalidad fundamental la de establecer las reglas necesarias para el funcionamiento corporativo de la sociedad (por todas, Resolución de 23 de septiembre de 2013).

Este carácter normativo de los estatutos y su imperatividad ha sido puesto de manifiesto por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo en diversas ocasiones, como las clásicas decisiones de 1958 y 1961 confirmadas por otras posteriores *(vid.* Sentencia de 30 de enero de 2001). Este Centro Directivo por su parte (entre otras, resoluciones de 1 y 23 de octubre de 2013, 23 de mayo de 2014 y 13 de enero, 15 de junio y 21 de septiembre de 2015), ha tenido igualmente ocasión de poner de manifiesto el hecho de que los estatutos son la norma orgánica a la que debe sujetarse la vida corporativa de la sociedad durante toda su existencia, siendo su finalidad fundamental la de establecer las reglas necesarias para el funcionamiento corporativo de la sociedad. En este sentido se ha dicho que los estatutos son la «carta magna» o régimen

constitucional y de funcionamiento de la sociedad *(vid.* Resolución de 16 de febrero de 2013).

En consecuencia y tal como resulta del artículo 273.2 de la Ley de Sociedades de Capital sólo cuando existe una previsión estatutaria explícita sobre el régimen de determinación del beneficio repartible deben sumarse los límites así previstos a las limitaciones derivadas de la propia Ley. Fuera de estos supuestos no rigen más límites que los legalmente contemplados tal y como resulta indubitadamente del propio tenor del precepto transcrito. La existencia de límites extra estatutarios no pueden pues, ser oponibles frente a los socios ni limitar el derecho individual a la separación, derecho inherente a su condición y que sólo puede ser limitado en los términos previstos legalmente (*vide* actual artículo 348 bis redactado por 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).

Las anteriores afirmaciones no quedan desvirtuadas por el hecho de que la sociedad esté efectivamente obligada por el contrato de financiación o por el pliego de condiciones ni por la evidente circunstancia de que tales obligaciones están encaminadas a la consecución de su objeto social. En realidad, así ocurre en cualquier sociedad en que toda la actividad social está encaminada (o debe estar), al servicio del desarrollo de su objeto sin que el artículo 348 bis prevea especialidad alguna para el caso de las sociedades concesionarias en las que, indudablemente, existe un interés público ligado cuya salvaguarda se lleva a cabo de acuerdo a su régimen legal.

Si como consecuencia del ejercicio del derecho de separación de un socio se producen efectos adversos para la propia sociedad o, de forma indirecta, para el interés público corresponde al órgano de administración responder por dicha circunstancia pues sobre el recae la llevanza de la gestión social y el adecuado control y dirección de la sociedad (arts. 209 y 225 de la Ley de Sociedades de Capital).

Si, como queda acreditado, la determinación del beneficio repartible puede modalizarse por vía estatutaria no puede pretender la sociedad que, ante la ausencia de una previsión estatutaria que así lo contemple, sean oponibles ante los socios obligaciones que carecen de tal carácter. Afirmar lo contrario implica vaciar de contenido el artículo 273.2 de la Ley de Sociedades de Capital en contra de la expresa previsión del legislador.

La sentencia número 169/2018 de 16 octubre, del Juzgado de lo Mercantil de Badajoz citada por el recurrente lejos de confirmar su argumento lo contradice de forma contundente. Dicha sentencia confirma la Resolución de este Centro Directivo de fecha 4 de diciembre de 2017 que consideró improcedente la designación de un experto solicitado por un socio al amparo de la previsión de los artículos 348 bis y 353 de la Ley de Sociedades de Capital, precisamente por la existencia de una previsión estatutaria relativa a dotacio-

nes obligatorias cuya aplicación excluía la existencia de beneficio repartible. Al contrario de lo que ocurre en el supuesto de hecho que da lugar a la presente, en el que no existe previsión estatutaria alguna, fue la existencia de una norma estatutaria explícita la que llevó a esta Dirección a desestimar la solicitud del socio de ejercer el derecho de separación por falta de reparto de dividendo.

3. El mismo destino desestimatorio le corresponde al segundo motivo de recurso que reside en la afirmación de que el socio solicitante se encuentra vinculado por el conjunto de obligaciones que asumió quien le transmitió dicha condición. Efectivamente resulta del expediente la existencia de un contrato entre las entidades de crédito y los socios de la sociedad en virtud del cual estos se comprometían a respetar las obligaciones derivadas del previo contrato de financiación en cuya garantía pignoraron sus acciones a favor de aquellas. El socio hoy solicitante no se encuentra entre los que firmaron dicho contrato.

Establecido lo anterior no puede afirmarse en derecho que la adquisición de la condición de socio implica la subrogación en unas obligaciones derivadas de un contrato suscrito por el transmitente y del que no es parte el adquirente. O lo que es lo mismo, que se es parte pese a no haber prestado el consentimiento. El adquirente adquiere exclusivamente su condición de socio cuyo contenido viene determinado por el conjunto de derechos y obligaciones derivado de la Ley y de los estatutos (arts. 23 y 91 de la Ley de Sociedades de Capital). Para el, los contratos con terceros que pueda haber suscrito su transmitente son *res inter alios acta,* inoponibles por su propia condición obligacional. Para que se produzca la subrogación a que hace referencia la recurrente habría sido preciso un consentimiento expreso del nuevo deudor (arts. 1203 y 1205 del Código Civil), que no resulta del expediente.

La existencia de una prenda sobre las acciones sí que es, por su propia naturaleza de derecho real, oponible frente al adquirente de las acciones pignoradas. Ahora bien, dicha circunstancia ni impide el ejercicio del derecho de separación ni las consecuencias de su ejercicio (la existencia del crédito de separación), ni pueden ser objeto de un pronunciamiento por parte de esta Dirección General.

Del régimen legal contenido en el artículo 132 de la Ley de Sociedades de Capital resulta lo siguiente: «1. Salvo disposición contraria de los estatutos, en caso de prenda de participaciones o acciones corresponderá al propietario el ejercicio de los derechos de socio. El acreedor pignoraticio queda obligado a facilitar el ejercicio de estos derechos.»

De lo expuesto resulta con toda claridad que el ejercicio de los derechos inherente a la condición de socio corresponde a este último sin que exista razón alguna para excluir el ejercicio del derecho de separación como derivado del ejercicio del derecho de voto en los términos establecidos en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. La única excepción que

contempla el precepto es la previsión en contrario de los estatutos, circunstancia que no resulta del expediente y que el recurrente no ha acreditado.

Las alegaciones del escrito de recurso sobre eventuales o hipotéticos derechos del acreedor pignoraticio sobre el crédito de separación o las eventuales responsabilidades que puedan derivarse quedan por completo al margen de este expediente. Si como consecuencia del ejercicio del derecho de separación surgieran responsabilidades exigibles derivadas de la relación de prenda o alguna de las partes implicadas entendiera que su situación jurídica no ha sido debidamente respetada tiene abierta la vía jurisdiccional para que en un procedimiento plenario, con audiencia de las personas interesadas y con plenitud de medios de prueba alegue lo que estime oportuno en su defensa (*vide* arts. 9 y 22 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial en relación al artículo 236 de la Ley de Sociedades de Capital), sin perjuicio de cualquier otra acción que pudiera corresponderle.

4. Tampoco puede prosperar el motivo que hace referencia a la conducta del socio o de las sociedades del grupo a que pertenece ni las circunstancias que puedan afectarles. 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 363.1 del Reglamento del Registro Mercantil: «El nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil del domicilio social para la determinación del valor real de las acciones o participaciones en los casos establecidos por la Ley se efectuará a solicitud del interesado, de conformidad con lo previsto en los artículos 351 y siguientes», refiriéndose los preceptos a que se remite a la solicitud de designación de auditor por parte del registrador mercantil.

Como esta Dirección ha recordado en numerosísimas ocasiones (*vide* resoluciones en materia de auditores de fechas 15 de julio y 19 de octubre de 2015, entre otras muchas), el objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos legalmente exigibles para que se acuerde, de acuerdo con el artículo 353, 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 y 22 de febrero y 13 de marzo, 4 de mayo y 6 de junio de 2018, entre otras).

5. Desestimado el recurso procede igualmente desestimar la solicitud de suspensión de sus efectos. Como resulta del artículo 354.4 del Reglamento del Registro Mercantil: «Transcurrido el plazo de oposición sin haberse planteado esta o, en otro caso, firme la resolución del Registrador, procederá éste al nombramiento solicitado.» Es la presente resolución la que pone fin a la vía administrativa y a partir de la que deberá ejecutarse su contenido (art. 114.1.a

de la Ley 39/2015, de 1 octubre). Téngase en cuenta que la especialidad del procedimiento de designación de experto para la determinación del valor razonable de acciones o participaciones reside en la producción de efectos civiles en la esfera de la sociedad y en los derechos del socio (*vide* arts. 354 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital), de donde resulta perfectamente coherente la solución del Reglamento del Registro Mercantil de no hacer efectiva la resolución del registrador hasta que devenga firme en vía administrativa.

Cuestión distinta y que esta Dirección ha reiterado es que el registrador (o esta Dirección en alzada), 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 la 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 sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.ª,198/2018 de 28 de marzo (en sede precisamente de aplicación del artículo 348 bis), 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. 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).

Así ocurre en el expediente que da lugar a la presente. La sociedad afirma que se opone tajantemente a la existencia del derecho de separación por parte de la solicitante. 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 separación tiene a su disposición las acciones previstas en el ordenamiento, pero no puede pretender que el registrador (ni esta Dirección en alzada), haga dejación de la competencia legalmente atribuida sino acredita haber efectivamente ejercitado acción en los términos que por extenso han quedado expuestos.

La existencia del procedimiento administrativo de designación de experto en ningún momento ha cercenado o limitado el acceso a la jurisdicción de la sociedad recurrente y solicitante de la suspensión. Si no ha ejercido su derecho a acudir a los Tribunales de Justicia no se pueden derivar los efectos previstos en el transcrito artículo 6 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria sin perjuicio de su derecho a instar el procedimiento que corresponda (art. 19 de la propia Ley), y a solicitar en su seno las medidas cautelares que tenga por conveniente.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Valencia núm. 3, don Carlos Javier Orts Calabuig de fecha 4 de febrero 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, que pone fin a la vía administrativa conforme al artículo 114.1. a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, podrá ser impugnada ante los juzgados y tribunales competentes del orden jurisdiccional civil.

Madrid, 10 de mayo de 2019 (8.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de Valencia.

Resolución de 16 de mayo de 2019 (1.ª)

En el expediente 27/2019 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Uffizi Tres, S.L.».

HECHOS

I

Don L. S. G. presentó un escrito de fecha 29 de octubre de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Sevilla, en el que solicitó, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio de «Uffizi Tres, S.L.», el nombramiento de un experto para que proceda a la determinación del valor razonable de las participaciones como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación.

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

a) Que la sociedad celebró junta general en fecha 25 de junio de 2018. Del acta de dicha junta que se acompaña al escrito de solicitud resulta que efectivamente la junta se reunió en la fecha señalada previa su convocatoria para deliberar y decidir sobre el orden del día en el que se incluye la aprobación de las cuentas del ejercicio 2017 así como sobre la aplicación del resultado. Del acta resulta que a la junta asistieron dos socios que representan la totalidad del capital social, incluido el ahora solicitante. Resulta igualmente la aprobación de la propuesta de aplicación del resultado destinándolo íntegramente a reservas. Resulta que el ahora solicitante votó en contra tras solicitar la distribución de la integridad del resultado o, al menos, del mínimo legal exigible.

b) El solicitante notificó mediante burofax de fecha 3 de julio de 2018 el ejercicio de su derecho de separación al amparo de la previsión del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

c) Que la sociedad le notificó una propuesta de valoración de las participaciones que no puede ser aceptada por lo que solicita la designación de experto independiente.

II

Previo traslado de la solicitud por parte del Registro Mercantil, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que el solicitante con evidente mala fe omite el escrito por el que se le notifica que la sociedad va a proceder al reparto de beneficios en atención a su solicitud. 2.º Que el solicitante carece de legitimación pues existe un procedimiento judicial en curso, pendiente de apelación, en virtud del que se ha dictado sentencia por la que se ha considerado resuelto el contrato por el que entró a formar parte de la sociedad. 3.º Que no es el momento adecuado para desligarse de la sociedad pues conllevaría su insolvencia amén de que tiene que hacer frente a determinadas obligaciones frente a la propia sociedad. 4.º Que el solicitante actúa con evidente mala fe, con abuso de derecho y en perjuicio de la sociedad ya que ha sido precisamente la necesidad de actuar en beneficio de la misma lo que provocó la decisión inicial de no repartir dividendo. Que además estando la cuestión pendiente de resolución judicial la designación de un auditor *(sic)*, interferiría inevitablemente en el proceso.

Mediante escrito de 13 de diciembre de 2018 el solicitante realizó las siguientes alegaciones: Que los escritos aportados por la administración no pueden evitar el ejercicio de su derecho de separación por reunir los requisitos legalmente establecidos. Que la administración no puede modificar los acuerdos adoptados por la junta general para desactivar el derecho de separación. Que con independencia de que la sentencia a que se refiere la oposición está recurrida no puede anular su condición de socio que no ha sido objeto del procedimiento. Que la situación de la empresa dista de ser la que describe la administración siendo indiferente a los efectos del ejercicio del derecho de separación. Que se le ha negado información relevante. Que la mala fe reside en la sociedad que niega al socio el ejercicio de su derecho con clara voluntad de incumplir la Ley.

III

El Registrador Mercantil de Sevilla núm. 3, don Juan Ignacio Madrid Alonso dictó resolución en fecha 24 de enero 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 363 del Reglamento del Registro Mercantil.

IV

Don C. R. M., como administrador, por escrito de fecha 21 de febrero de 2019, que tuvo entrada el día inmediato posterior en el Registro Mercantil de Sevilla, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a, resumidamente, los siguientes argumentos: 1.º Que ha recaído sentencia de la Audiencia desestimatoria del recurso interpuesto por el solicitante contra la de primera instancia. Que de las sentencias podría deducirse que el solicitante ha dejado de ser socio de la sociedad por incumplimiento del contrato que le unía a la misma. Que sería incongruente que continuase siendo socio de una sociedad en cuyo capital entró sin desembolsar nada y a la que ha perjudicado gravemente por incumplimiento contractual. Que lo contrario implicaría una situación de enriquecimiento injusto y de empobrecimiento de la sociedad. 2.º Que sin perjuicio de lo anterior y como se expuso en el escrito de oposición la situación de la sociedad impide el desembolso solicitado lo que justifica la decisión del órgano de administración y del resto de socios de reconsiderar la decisión y repartir dividendo. Que insistiendo en la situación

derivada de la sentencia de la Audiencia se puede afirmar que las participaciones del solicitante le fueron» regaladas» pues no puso un solo euro para su adquisición, estaba cobrando determinada cantidad de la sociedad y se ha dictado sentencia condenándole por incumplimiento grave de contrato. Que no se ha encontrado jurisprudencia alguna que impida que un socio que ha solicitado dividendo y no se le ha reconocido lo reciba posteriormente en beneficio de la sociedad.

Acompaña a su escrito copia de la sentencia de fecha 28 de febrero de 2018 de la magistrada juez doña A.A.R.S recaída en el procedimiento ordinario número 370/2017 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia de Madrid núm. 71, por el que el ahora solicitante junto con otra, demandaba a la sociedad «Uffizi Tres, S.L.», junto con otra, determinada cantidad como consecuencia de un contrato existente entre las partes. De fallo de la sentencia resulta la desestimación de la pretensión de la parte actora, así como la resolución del contrato que las unía.

Se acompaña igualmente copia de la sentencia de fecha 18 de enero de 2019 de la Audiencia Provincial de Madrid y recaída en el procedimiento de apelación 443/2018, por la que se desestima la apelación y se confirma la de instancia.

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. Celebrada junta general de una sociedad de responsabilidad limitada y aprobadas las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017, la junta acuerda destinar la totalidad del resultado obtenido a reservas. El hoy solicitante vota en contra y solicita el reparto de dividendos o, al menos, del mínimo legal. Desatendida su petición notifica a la sociedad el ejercicio de su derecho de separación. El Registrador Mercantil estima la solicitud de que se designe experto independiente al amparo de la previsión del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y la sociedad recurre en los términos que resultan de los hechos.

2. El recurso no puede prosperar pues ninguno de los argumentos expuestos por la sociedad recurrente puede enervar el derecho individual del socio amparado en los artículos 348 bis y 353 de la Ley de Sociedades de Capital.

En primer lugar, la sociedad arguye que de las dos sentencias que aporta con su escrito de recurso puede deducirse que el solicitante ha dejado de ser socio de la sociedad; que sería incongruente que continuase siéndolo si no aportó nada y la ha perjudicado gravemente y que de ahí podría derivarse un enriquecimiento injusto y un empobrecimiento de la sociedad.

El argumento es insostenible pues, tal y como resulta de los hechos, de la sentencia del juzgado de primera instancia confirmada por la Audiencia (y cuya firmeza sea irrelevante para la presente), no resulta sino la desestimación de una reclamación de cantidad y la resolución de un contrato que unía al solicitante con la sociedad; contrato distinto del de constitución de sociedad.

Este Centro Directivo, en sede de recursos en materia de designación de auditores, ha abordado en numerosas ocasiones la cuestión de la legitimación del solicitante. De acuerdo con reiterada doctrina ha entendido suficiente, a los efectos de justificar la condición de socio, la aportación de un principio de prueba por escrito, pues se estima que el Reglamento del Registro Mercantil –artículo 351.2– no ha pretendido ser especialmente exigente con el socio a la hora de exigirle que acredite documentalmente su condición, e incluso que no siempre resulta exigible dicha justificación documental – «en su caso», dice el precepto–. Por su parte y en lo referente a la negación de la legitimación se ha concluido –a pesar del tenor literal del artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil– que por sí sola no basta para justificar la oposición y que es necesario que la sociedad aporte, a su vez, prueba que demuestre que no reúne tal condición, pretendiendo con ello no introducir un desequilibrio en el principio de igualdad jurídica de las partes intervinientes que evidentemente la Ley no pretende (*vide* resoluciones de 11 de marzo, 30 de julio, 12 de septiembre de 2014 y 11 de marzo de 2015 entre otras muchas).

En el caso que nos ocupa, se ha aportado por el solicitante un principio de prueba: copia del acta de la junta celebrada el día 25 de junio de 2018 de la que resulta su asistencia en concepto de socio y con un porcentaje de capital determinado, así como copia de la escritura de constitución en la que comparece como constituyente. La sociedad por su parte no aporta prueba alguna demostrativa de que el solicitante no ostentase la condición de socio al tiempo de la celebración de la junta. Corresponde 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 legitimado para solicitar la designación de experto.

La pretensión expresada tanto en el escrito de oposición como de recurso de que la existencia de un pleito entre las partes sobre un contrato cuyo contenido no afecta al de constitución de la sociedad en virtud del que el solicitante devino socio, priva al solicitante de su condición, no puede recibir el respaldo de esta Dirección. Como resulta de los documentos aportados el contrato

resuelto vinculaba tanto a la sociedad como al solicitante, pero en un conjunto de obligaciones que no pueden confundirse ni por su origen ni por su contenido ni por sus efectos con las derivadas de la constitución de la sociedad. Frente a la clara tipicidad del contrato por el que se constituye una sociedad de responsabilidad limitada la sentencia del Juzgado de Primera Instancia es diáfana al fijar el objeto de la controversia en el contrato mercantil de colaboración complejo y atípico que habían suscrito las partes. No existiendo pretensión alguna de resolución del contrato de sociedad en virtud del que se adquiere la condición de socio es patente que el magistrado no hace pronunciamiento alguno respecto de su validez o permanencia. Procede pues la desestimación del motivo.

Si como consecuencia del ejercicio del derecho de separación existe, como afirma el escrito de recurso, un enriquecimiento del solicitante y un correlativo empobrecimiento de la sociedad es cuestión que deberá ser resuelta, en su caso, por los Tribunales de Justicia.

Las numerosas alegaciones que llevan a cabo las partes y que se refieren tanto a cuestiones de procedimiento como al fondo del asunto exigen llevar a cabo un pronunciamiento expreso sobre lo que constituye el objeto del expediente administrativo de designación de experto independiente cuya regulación se encuentra en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil. Con carácter expreso establece el artículo 363.1del 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 artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y resoluciones de este Centro en sede de designación de auditores de 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010, entre otras).

En consecuencia, no procede que esta Dirección se pronuncie sobre la totalidad de las cuestiones que plantean las partes, que en sus respectivos escritos se comportan como si se encontrasen ante un procedimiento jurisdiccional.

3. Tampoco puede estimarse el motivo de recurso que hace referencia a la situación de liquidez de la sociedad o a la decisión del administrador (y restante socio), a repartir dividendo en contra de lo acordado por la junta general.

La existencia o no de liquidez en la sociedad no condiciona en absoluto el ejercicio del derecho de separación. Como resulta de la regulación legal (*vide* artículo 356 de la Ley de Sociedades de Capital), el reembolso del valor razonable determinado por el experto independiente (art. 354), es una obligación de la sociedad que puede ser llevada a cabo de distintas formas pero que no condiciona el ejercicio del derecho individual del socio reconocido en el artículo 348 bis de la propia Ley.

El nacimiento del derecho de separación depende exclusivamente de la concurrencia de los requisitos legales exigidos por la norma que lo ampara. Como afirma la sentencia 32/2006 de 23 enero de nuestro Tribunal Supremo el derecho de separación: «Nace por efecto del acuerdo adoptado con oposición del que pretende la separación, desde la aprobación del acta (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) y pasan por la reducción del capital social o por la compraventa de las participaciones del socio separado. 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...».

En cuanto a la decisión del órgano de administración de repartir dividendo en contra de la decisión de la junta general es patente que carece de validez por falta absoluta de competencia (art. 273 de la Ley de Sociedades de Capital en relación con el 160 a) del mismo cuerpo legal).

Pero, aunque existiera un acuerdo posterior de reparto de dividendo, la situación no podría quedar afectada en contra de la solicitud. Como ya afirmara nuestro Tribunal Supremo, *(vid.* Sentencia de 26 de enero de 2006), es indudable que la sociedad puede «rectificar, desistir, arrepentirse o renunciar» un acuerdo que previamente haya adoptado, pero siempre con pleno respeto a

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

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

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

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 Sevilla núm. 3, don Juan Ignacio Madrid Alonso de fecha 24 de enero 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, que pone fin a la vía administrativa conforme al artículo 114.1. a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento

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

Madrid, 16 de mayo de 2019 (1.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Sevilla.

Resolución de 16 de mayo de 2019 (2.ª)

En el expediente 15/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Agropecuaria Orpa, S.L.»

HECHOS

I

Doña M. F. O. M. presentó un escrito de fecha 5 de marzo de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Jaén, en el que tuvo su entrada el día 8 inmediato posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5 % del capital social de «Agropecuaria Orpa, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017.

II

Previo traslado llevado a cabo por el Registro Mercantil, la sociedad respondió en el sentido de que no se oponía a la designación de auditor si bien ponía de manifiesto la precaria situación económica de la sociedad que impediría satisfacer los honorarios del auditor. Que considera de aplicación la previsión del artículo 40 del Código de Comercio por lo que solicita que se le informe si por parte de la solicitante se ha hecho a oportuna provisión de fondos y, en caso contrario, para que se le requiera al efecto.

III

La Registradora Mercantil de Jaén, doña María Belén López Espada dictó resolución en fecha 28 de marzo de 2018 por la que acordó la procedencia de la designación de auditor y la improcedencia de la aplicación de la previsión del artículo 40 del Código de Comercio por aplicación de lo establecido en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y de la interpretación que del mismo ha realizado la Dirección General de los Registros y del Notariado en numerosas resoluciones.

A continuación, la registradora mercantil, desarrollando el procedimiento previsto en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, procede a la designación de auditor. La registradora realiza once designaciones a distintos auditores ninguno de los cuales acepta el encargo, algunos con expresión de causa otros, sin ella.

La Registradora Mercantil en fecha 8 de enero de 2019 resuelve la procedencia del cierre del expediente y procede a su notificación. De su resolución resulta que dados los antecedentes que constan en el expediente y debido a que se ha realizado el nombramiento infructuoso de once auditores procede al cierre del expediente.

IV

Doña M. F. O. M., por escrito de fecha 1 de febrero de 2019, que tuvo entrada el día 6 de febrero de 2019 en el Registro Mercantil de Jaén, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base, resumidamente, a los siguientes argumentos: Que de la certificación emitida por el Registro Mercantil, previa su solicitud, sobre los motivos alegados por los auditores resulta que algunos alegan carga de trabajo y sólo uno alega solicitud de prórroga y provisión de fondos. Que de conformidad con la norma internacional de auditoría en su apartado 12.ª y del artículo 5 de la Ley de auditoría se debería haber solicitado justificación de esta sociedad de auditoría sobre las amenazas o motivos de imposibilidad absoluta para renunciar al encargo. Que la resolución impugnada se fundamenta en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 9 de enero de 2018 sin transcribir sus fundamentos dejando en indefensión a la parte.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. Solicitada designación de auditor para la verificación de las cuentas correspondientes al ejercicio 2017 al amparo de la previsión del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y acordada su procedencia, la Registradora Mercantil procede a la designación sucesiva de hasta once auditores, personas físicas y jurídicas, ninguna de las cuales acepta el encargo. La registradora resuelve proceder al cierre del expediente como consecuencia del nombramiento infructuoso de los auditores tal y como resulta de su resolución. No hay pues atisbo de la indefensión a que se refiere el escrito de recurso pues de la misma resulta el fundamento en que se toma la decisión. El hecho de que de la resolución no resulten los fundamentos de la Resolución que se cita no modifica la afirmación anterior.

Es preciso recordar que esta Dirección ha afirmado (y muy recientemente, *vide* resolución de 16 de octubre de 2017), que cuando la decisión del registrador sea desfavorable es exigible, según los principios básicos de todo pro-

cedimiento y conforme a la normativa vigente, que al consignarse los motivos que, a su juicio, se oponen a la inscripción pretendida, aquélla exprese también una motivación suficiente de los mismos, con el desarrollo necesario para que el interesado pueda conocer con claridad los defectos aducidos y con suficiencia los fundamentos jurídicos en los que se basa dicha calificación (cfr. art. 19 bis de la Ley Hipotecaria y Resoluciones de 2 de octubre de 1998, 22 de marzo de 2001, 14 de abril de 2010, 26 de enero de 2011, 20 de julio de 2012 y 18 de noviembre de 2013, entre otras muchas). Es indudable que, de este modo, serán efectivas las garantías del interesado recurrente, quien al conocer en el momento inicial los argumentos en que el registrador funda jurídicamente su negativa a la inscripción solicitada podrá alegar los fundamentos de Derecho en los que apoye su tesis impugnatoria, a la vista ya de los hechos y razonamientos aducidos por el registrador que pudieran ser relevantes para la resolución del recurso.

No obstante, conviene tener en cuenta que es igualmente doctrina de esta Dirección General (Resoluciones de 21, 22 y 23 de febrero, 12, 14, 15, 16 y 28 de marzo, 1 de abril y 13 de octubre de 2005, 8 de mayo y 3 de diciembre de 2010, 28 de febrero, 22 de mayo y 20 de julio de 2012, 19 de julio de 2013 y 22 de diciembre de 2015) que la argumentación en que se fundamenta la calificación es suficiente para la tramitación del expediente si expresa suficientemente la razón que justifica dicha negativa de modo que el interesado haya podido alegar cuanto le ha convenido para su defensa, como lo acredita en este caso el mismo contenido del escrito de interposición, por lo que procede entrar en el fondo del asunto.

Idéntico razonamiento cabe aplicar en un supuesto como el presente en el que, aun no existiendo calificación en sentido estricto, existe una resolución de la registradora en ejercicio de la competencia que le atribuye el artículo 16.2 del Código de Comercio en relación al artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. El recurrente ha conocido el motivo en que fundamenta su opinión la registradora y ha presentado su escrito de impugnación exponiendo los argumentos que ha tenido por conveniente por lo que su posición jurídica ha sido debidamente respetada.

2. Establecido lo anterior, resulta con claridad la imposibilidad de estimar el recurso. Como resulta de los hechos la registradora ha seguido el procedimiento establecido en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil de forma diligente llevando a cabo los sucesivos nombramientos y recibiendo las negativas de los designados.

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

de la constitución Española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y resoluciones de este Centro de 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010, entre otras).

Si, como en el supuesto de hecho, resulta la imposibilidad de cumplir el objeto del procedimiento carece de sentido prolongarlo indefinidamente y de ahí que la registradora haya actuado correctamente al cerrarlo.

No procede en consecuencia que se proceda por parte de la Registradora Mercantil a la designación de nuevos auditores. Téngase en cuenta que tal y como resulta del expediente la registradora ha agotado, en beneficio del interesado, las posibilidades de nombramiento de auditor (*vide* el artículo 344.3 del Reglamento del Registro Mercantil, que sólo contempla un segundo nombramiento).

Así lo entiende de forma expresa la Resolución de consulta de esta Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 10 de enero de 2019: «Ante la ausencia de normas expresas al respecto, hay que tener en cuenta las siguientes disposiciones que regulan materias análogas y relacionadas. en primer lugar, el artículo 19 i.f. del Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y en relación con la remisión a la Agencia «Boletín Oficial del Estado» de los datos correspondientes a los mediadores concursales, dispone que «si el mediador designado no aceptase el cargo, volverá el Registrador Mercantil o Notario a realizar una nueva petición expresando esta circunstancia. El mediador designado que no aceptase el cargo se situará al final de la secuencia, sin que pueda volver a ser designado hasta que finalice ésta». Por su parte, los artículos 341 y 344 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, establecen, en lo que a este expediente interesa, que «2. Cuando el experto nombrado fuese incompatible, deberá excusarse inmediatamente ante el Registrador, quien, previa notificación a los interesados, procederá a la designación de otro nuevo», y que «transcurrido el plazo a que se refiere el apartado anterior sin haber comparecido el designado, cualquiera que fuese la causa que lo haya impedido, caducará su nombramiento, procediendo el Registrador a efectuar un nuevo nombramiento».

Y termina: «Única: en atención a la naturaleza del procedimiento en cuestión y a la seguridad jurídica que del mismo debe resultar, y con la finalidad de que los expedientes en que el auditor sea designado a instancia de la minoría por el Registrador Mercantil no queden abiertos indefinidamente, serán necesarios sólo dos nombramientos sucesivos y, en caso de no ser aceptados por los designados, salvo causa debidamente justificada por el propio designado, se procederá al cierre del expediente en cuestión, con las consecuencias legales que procedan.»

3. Hay que tener en cuenta que ninguno de los auditores designados ha aceptado el encargo y de ahí que no quepa la aplicación del artículo 5 de la

Ley de Auditoría que es aplicable a la renuncia al encargo aceptado de auditoría (art. 22 de la propia Ley). No existiendo encargo aceptado no existe obligación por parte del auditor lo que excluye el motivo de recurso de la recurrente.

Todo lo anterior sin perjuicio de las consecuencias que para la hoja de la sociedad y para esta misma se derivan del hecho de que el expediente de designación de auditor a instancia de la minoría se haya cerrado sin que se haya cumplido la previsión legal prevista en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. Así, no sólo se producirán las negativas consecuencias que el ordenamiento tiene previsto para la falta de depósito de cuentas: cierre del folio social (art. 282 de la Ley de Sociedades de Capital) y presunción de calificación culpable del concurso (en su caso, artículo 165 de la Ley Concursal), sino que los administradores asumen una grave responsabilidad si como consecuencia de sus actos no se ha podido llevar a cabo la designación de auditor, como resulta del artículo 236 de la Ley de Sociedades de Capital para cuya reclamación ostenta la debida legitimación el socio solicitante. Pero dicha circunstancia escapa del ámbito de este procedimiento que ha agotado las posibilidades previstas para el mismo en el ordenamiento jurídico.

4. Así como la existencia de concurso o de responsabilidad es puramente contingente, la obligación de depósito de cuentas de la sociedad es absolutamente determinada (art. 279 de la Ley de Sociedades de Capital). Como recuerda la Resolución en materia de recursos contra la calificación de registradores de 28 de febrero de 2018, «debe reiterarse una vez más que, cuando en las sociedades no obligadas a verificación contable, se hubiese solicitado por los socios minoritarios el nombramiento registral de un auditor de cuentas, no puede tenerse por efectuado el depósito de las cuentas anuales si no se presenta el correspondiente informe.

De tal modo que presentadas las cuentas a depósito cuando ya había sido solicitado respecto a dichas cuentas el nombramiento de auditor por socio minoritario y teniendo además conocimiento de ello la sociedad, si la junta general en que se aprobaron las cuentas se celebró con anterioridad al nombramiento del auditor designado por el registrador Mercantil, dichas cuentas deberán aprobarse nuevamente para que su depósito pueda tenerse por efectuado.

Una interpretación distinta del mencionado precepto podría llegar a vulnerar los derechos de los socios minoritarios a obtener el informe del auditor de cuentas, por incidencias que puedan surgir del procedimiento de nombramiento, ajenas a su voluntad, lo cual no es admisible.

Y así, las Resoluciones de 6 de noviembre de 2009 y 12 de noviembre de 2012 rechazan las alegaciones del recurrente de que, al tiempo de interponer el recurso, no existía nombramiento de auditor, y por tanto no podía existir informe de auditoría, al no ser la resolución sobre su nombramiento definitiva en vía administrativa, puesto que fue recurrida.

La Resolución de 16 de enero de 2016 entiende que, ante una situación de indeterminación sobre la obligación de presentar las cuentas junto al informe de auditor, el Registrador Mercantil debe esperar a la resolución por parte de esta Dirección General del recurso de alzada interpuesto, para poder calificar el depósito de las cuentas anuales instado por la sociedad. Y si se confirma la decisión del Registrador Mercantil sobre la procedencia del nombramiento de auditor, el registrador podrá rechazar el depósito si la solicitud no viene acompañada del informe de verificación por el auditor designado.

Cuando la resolución que acuerda el nombramiento es firme en vía administrativa, en tanto que la misma no fue recurrida dentro de plazo, debe denegarse el depósito de cuentas si no se acompaña del correspondiente informe.

Es preciso pues recordar que el procedimiento de nombramiento de auditor de cuentas por parte del registrador Mercantil, viene regulado en el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil, que dispone en sus apartados tercero y cuarto que «(…) Contra la resolución del Registrador podrán los interesados interponer recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el plazo de quince días a contar de la fecha de notificación de la resolución. (…). 4. Transcurrido el plazo de oposición sin haberse planteado esta o, en otro caso, firme la resolución del Registrador, procederá éste al nombramiento solicitado».

Resultando firme la resolución que establece la procedencia de designación de auditor a instancia del socio minoritario resulta evidente que el depósito de las cuentas anuales no puede llevarse a efecto sin la aportación del pertinente informe de auditoría que, además, deberá ser aprobado por junta convocada al efecto.»

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 28 de marzo de 2018.

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

Madrid, 16 de mayo de 2019 (2.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de Jaén.

Resolución de 16 de mayo de 2019 (3.ª)

En el expediente 38/2019 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Montajes Eléctricos Castellanos, S.L.».

HECHOS

I

Don J. M. G. presentó un escrito de fecha 15 de noviembre de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Burgos, en el que solicitó, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio de «Montajes Eléctricos Castellanos, S.L.», el nombramiento de un experto para que proceda a la determinación del valor razonable de las participaciones como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación.

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

a) Del acta de la Junta General de la sociedad celebrada el día 17 de julio de 2018 resulta que estando presente la totalidad de los socios que representaban la totalidad del capital social (el ahora solicitante debidamente representado), se aprobaron las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017 y que se encuentran debidamente auditadas. A continuación, y con el voto en contra del solicitante, se aprueba la propuesta de aplicación del resultado a compensación de pérdidas de ejercicios anteriores pese a su solicitud de reparto de dividendos.

b) Mediante acta autorizada por el notario de Burgos don Francisco Daura Sáez el día 8 de agosto de 2018 y de su diligencia de la misma fecha resulta la notificación por correo certificado con acuse de recibo a la sociedad, así como cumplimentación por entrega personal del notario del ejercicio del derecho de separación.

c) Que ante la falta de respuesta por la sociedad solicita la designación de experto independiente.

II

Previo traslado de la solicitud por parte del Registro Mercantil, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que dada la suspensión de efectos establecida por la disposición transitoria primera de la Ley 25/2011 de 25 de agosto que la introdujo en el texto de la Ley de Sociedades de Capital, el plazo de cinco años debe considerarse que comienza a correr desde la fecha hasta la que se suspendió (31 de diciembre de 2014), y no desde la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil. En consecuencia, tiene eficacia para los ejercicios económicos cerrados a partir del día 31 de diciembre de 2019. 2.º Que la sociedad contestó al solicitante por medio de burofax, que no fue recogido, en contra de lo manifestado por este. Que del mismo resultaba la existencia de beneficio a consecuencia de la disminución de la remuneración de los administradores y que el valor razonable de las participaciones es negativo. 3.º Que en dicho burofax se propuso que el experto fuese el mismo auditor designado por el Registrador Mercantil a instancia del mismo socio. 4.º Que de accederse a la solicitud la sociedad se vería abocada a la liquidación.

Trasladado al solicitante el anterior presentó escrito de alegaciones de fecha 15 de enero de 2019 en el que, sintéticamente, afirma que: Que la sociedad reconoce la concurrencia de

los requisitos previstos en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. Que sobre el transcurso del plazo de cinco años a que se refiere el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital su literalidad es clara al exigirlo desde su inscripción. Que desconoce por qué no recibió el burofax a que se refiere el escrito de oposición. Que las razones económicas aducidas son inoperantes al efecto de no apreciar la existencia del derecho de separación realizándose una serie de apreciaciones sobre distintas partidas de las cuentas anuales. Que el nombramiento de experto debe hacerse a persona que carezca de vinculación con la empresa.

III

El Registrador Mercantil de Burgos, don Ramón Vicente Modesto Caballero dictó resolución en fecha 25 de enero 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 363 del Reglamento del Registro Mercantil.

IV

Don M. A. M, como administrador, por escrito de fecha 25 de febrero de 2019, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución en base a, resumidamente, los siguientes argumentos: 1.º Que aun aceptando el relato de los hechos que resultan de la resolución del registrador no concurre el presupuesto exigido por el artículo 348 bis de existencia de beneficios propios de la explotación social. Que de las cuentas aprobadas, auditadas y depositadas resulta un resultado de explotación de 27.158,09 euros, pero dicha cifra es ficticia pues existen dos hechos relevantes. El primero es que se ha producido la rebaja de las retribuciones de los administradores y el segundo la existencia de deudas de la sociedad con dichos socios y administradores por remuneraciones pendientes de pago. Que si se incluyese la cifra total en la cuenta de pérdidas y ganancias resultaría un resultado de explotación negativo por pérdidas ascendentes a 40.278,57 euros por lo que hay que incluir que en el ejercicio 2017 la sociedad no tuvo beneficios. 2.º Que la Ley 11/2018, de 28 de diciembre introduce una serie de cautelas en la redacción del artículo 348 bis siendo el más relevante la necesidad de que hayan existido beneficios en los últimos tres ejercicios. Que de aplicar esta situación a la sociedad no se reunirían los requisitos de dicho precepto por haber obtenido beneficios solo durante dos ejercicios. Que siendo cierto que la disposición transitoria de la Ley 11/2018, de 28 de diciembre se aplica a los ejercicios cerrados el 31 de diciembre de 2018 el principio constitucional de igualdad de la sociedad se vería perjudicado por la aplicación del precepto anterior a la reforma. 3.º Que el artículo 348 bis, como se expuso en el escrito de oposición, es de aplicación a los ejercicios cerrados a partir del 31 de diciembre de 2019. 4.º Que debiéndose el beneficio del ejercicio 2017 a las circunstancias expuestas, resulta evidente el abuso de derecho del socio ejercitante máxime habida cuenta de las pérdidas habidas en los ejercicios anteriores y que el socio no vería perjudicado su derecho si junto al beneficio de los ejercicios 2016 y 2017, el ejercicio 2018 así se cierra surgiendo el derecho en los términos exigidos por el nuevo artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. Que de otro modo se aboca a la sociedad a la liquidación.

Traslado el escrito de recurso por parte del Registrador Mercantil al solicitante, este presenta escrito de alegaciones de fecha 14 de marzo de 2019 en el que se ratifica en su solicitud con expreso rechazo a los argumentos del escrito.

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. Celebrada junta general de una sociedad de responsabilidad limitada y acordado por la mayoría que el resultado positivo del ejercicio sea destinado íntegramente a compensación de pérdidas de ejercicios anteriores, el socio que vota en contra y que había solicitado sin éxito el reparto de dividendo, notifica el ejercicio de su derecho de separación a lo que la sociedad se opone. El registrador estima la solicitud del socio y la sociedad recurre en los términos que se han hecho constar en los hechos.

Centrado así el objeto de la presente, el recurso no puede prosperar pues ninguno de los argumentos aducidos por la sociedad puede provocar que esta Dirección en alzada revoque la decisión del Registrador Mercantil de estimar la procedencia de la designación de experto solicitada al amparo de la causa establecida en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

2. Sin necesidad de seguir el orden contemplado en el escrito de recurso, para la mejor exposición de los fundamentos de la presente, procede iniciar el examen de sus argumentos con el que afirma que el artículo 348 bis sólo es aplicable a los ejercicios finalizados a partir del 31 de diciembre de 2015 por entender que el cómputo de los cinco años a que el mismo se refiere debe posponerse al momento de su efectiva entrada en vigor.

El argumento es insostenible. Como ha reiterado esta Dirección General (*vide* vistos), la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de Reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007 (LCEur 2007\1230), sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas, introdujo un nuevo supuesto al incorporar el artículo 348 bis al texto de la Ley de Sociedades de Capital.

El precepto entró en vigor el 2 de octubre de 2011 (a los dos meses de la publicación en el Boletín Oficial del Estado de la Ley 25/2011, de 1 de

agosto), y se mantuvo vigente hasta el 23 de junio de 2012. A partir del 24 de junio de 2104 su vigencia fue suspendida, primero hasta el 31 de diciembre de 2014 (por la Ley núm. 1/2012, de 22 de junio), y después hasta el 31 de diciembre de 2016 (por la Ley núm. 9/2015, de 25 de mayo).

Dicho precepto, que ciertamente ha sufrido un iter legislativo peculiar, se encuentra plenamente vigente desde el día 1 de enero de 2017 y desde entonces despliega su eficacia con independencia del ejercicio a que se refiera, pues la norma carece de cualquier limitación al respecto. Como reconoce la sentencia 84/2014 de 21 marzo de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 4.ª): «Y efectivamente, en el orden del día de la convocatoria de fecha 8 de agosto de 2011 para la Junta General Ordinaria de Accionistas se hace constar "Examen y aprobación, en su caso, de la propuesta de aplicación del resultado del ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2010". Dicha Junta de la mercantil demandada se celebra el 15 de octubre de 2011, cuando ya estaba en vigor el art. 348 bis, votando los socios demandantes en contra de no repartir dividendos, al menos un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social, aprobándose por la mayoría del capital social la propuesta de aplicar el resultado del ejercicio cerrado de 2010 a reservas. Este es el momento de la decisión de la voluntad social, el acuerdo adoptado en Junta General de Accionistas. Y como vimos se ejercita el derecho de separación por los socios demandantes dentro del mes siguiente, que es el plazo de su ejercicio, estando también en dicho momento en vigor dicho precepto, admitir lo contrario iría en contra del principio de seguridad jurídica en el tráfico jurídico, por otra parte, es conocida, por reiterada, la jurisprudencia a la hora de interpretar de forma restrictiva las normas de derecho transitorio, sin extender los términos legales a situaciones no contempladas.»

La sentencia transcrita (en plena sintonía con el contenido de la sentencia del Tribunal Supremo 32/2006 de 23 enero), reconoce que es el momento del acuerdo de la junta cuando debe estar en vigor el precepto al ser cuando nace el derecho de separación por concurrencia de los requisitos legales, y con independencia de si lo estaba al cierre del ejercicio cuya aplicación del resultado se ha votado. Así lo ha entendido expresamente esta Dirección General en aplicación de la doctrina de nuestro Tribunal Supremo (*vide* Resoluciones de 22 de diciembre de 2017, 14 y 28 de noviembre de 2018 y de 9 de enero de 2019).

Así ocurre en el supuesto que da lugar a la presente en el que el acuerdo de aprobación de propuesta de aplicación de resultado es de fecha 17 de julio de 2018 estando plenamente en vigor la redacción del artículo 348 bis dada por la Ley 25/2011, de 1 de agosto, lo que nos lleva a la siguiente cuestión.

3. La pretensión expresada en el escrito de recurso y a que se refiere el considerando anterior es especialmente incongruente con el argumento de que se tenga en cuenta, de que se aplique, en suma, la nueva redacción del reiterado precepto dada por la Ley 11/2018, de 28 de diciembre y que, como reco-

noce la sociedad recurrente, se aplica a los ejercicios iniciados a partir del 1 de enero de 2018.

Efectivamente, la disposición transitoria de 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, dice así en su apartado primero: «Las modificaciones introducidas por esta Ley, mediante los artículos primero, segundo y tercero, serán de aplicación para los ejercicios económicos que se inicien a partir del 1 de enero de 2018. Por excepción, las modificaciones introducidas por esta Ley mediante el artículo segundo apartado seis en el artículo 348 bis del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, serán de aplicación a las juntas generales que se celebren a partir del mismo día de su entrada en vigor.»

En consecuencia, es de aplicación la nueva redacción del artículo 348 bis a los acuerdos de aprobación de la propuesta de aplicación del resultado adoptados durante el ejercicio 2018 aunque se refieran al ejercicio anterior. Dicha previsión es absolutamente inaplicable al supuesto de hecho como resulta de las consideraciones anteriores y de los hechos expuestos. La incongruencia del argumento llega al extremo si se compara al anterior pues la sociedad recurrente pretende que se le aplique una normativa que no se encuentra en vigor al tiempo de la adopción del acuerdo y que, por el contrario, no se aplique la que si lo estaba. De seguirse la tesis del escrito de recurso se llegaría al absurdo de que la redacción del artículo 348 bis de la Ley 25/2011, de 1 de agosto nunca sería de aplicación por referirse a ejercicios (a partir del 31 de diciembre de 2019, dice el escrito) en los que ya se encuentra vigente la nueva redacción del precepto dada por la Ley 11/2018, de 28 de diciembre.

4. Tampoco se puede estimar el argumento que se fundamenta en que el contenido de las cuentas anuales objeto de aprobación por la junta general y de las que deriva la propuesta de aplicación del resultado tiene un contenido ficticio. Dejando de lado el hecho de que el recurrente no ha aportado con su escrito un ejemplar de las citadas cuentas por lo que sus afirmaciones no quedan debidamente acreditadas así como el hecho de que la determinación del resultado a efectos del artículo 348 bis no es el determinado exclusivamente por el resultado de explotación de la sociedad sino el que viene determinado como resultado del ejercicio (es decir, aplicado el resultado financiero), como reiteradamente ha afirmado la doctrina de los Tribunales y esta propia Dirección (vide, entre otras, las Resoluciones de 6, 27 y 28 de noviembre de 2018 y de 9 de enero y 6 de marzo de 2019), lo cierto es que el argumento es igualmente inadmisible.

Consta de los hechos, indiscutidos por la recurrente, que la administración de la sociedad ha formulado unas cuentas que ha sometido a verificación por parte de un auditor de cuentas; consta que ha convocado a la junta para la

aprobación de esas cuentas que van acompañadas de informe de verificación y del que resulta que, en opinión del auditor, responden fielmente a la situación patrimonial de la sociedad; consta en fin, que en base a dichas cuentas, la administración de la sociedad lleva a cabo una propuesta de aplicación de resultado que se fundamenta en el resultado positivo que de las mismas resulta. Ahora en trámite de oposición y recurso la sociedad afirma que las cuentas aprobadas y verificadas no reflejan la realidad patrimonial de la sociedad.

Con independencia de la responsabilidad que de tales afirmaciones pueda resultar, si la administración social estima que las cuentas presentadas aprobadas y auditadas no reflejan la realidad patrimonial de la sociedad su obligación es reformularlas y someterlas nuevamente a la verificación del auditor de cuentas y a la aprobación de la junta general. Así resulta del artículo 270.2 de la Ley de Sociedades de Capital: «Si, una vez firmado y entregado el informe de auditoría sobre las cuentas iniciales, los administradores se vieran obligados a reformular las cuentas anuales, el auditor habrá de emitir un nuevo informe sobre las cuentas anuales reformuladas.»

Pero ni siquiera en este supuesto se enerva el derecho del socio. Los acuerdos posteriores sobre las cuentas en que fundamenta su derecho el socio no perjudican su posición jurídica. Como ya afirmara nuestro Tribunal Supremo para un supuesto de acuerdo posterior de reparto de dividendos, *(vid.* Sentencia de 26 de enero de 2006), es indudable que la sociedad puede «rectificar, desistir, arrepentirse o renunciar» un acuerdo que previamente haya adoptado, pero siempre con pleno respeto a las normas del ordenamiento jurídico y con efectos *ex nunc* pues no puede pretenderse dejar sin efecto aquellos ya producidos. Y es que, afirma la propia Sentencia: «No hay, en primer lugar, tal restablecimiento (de una situación anterior), sino una nueva modificación que carece de efectos retroactivos, que sólo cabe reconocer a las Leyes que así lo dispongan (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.

Procede en suma la desestimación del motivo.

5. Igual destino merece la apelación a la mala fe del 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 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 de este 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).

6. Finalmente la sociedad recurrente afirma que la apreciación de la solicitud de designación de experto independiente aboca a la liquidación a la propia sociedad. La existencia o no de liquidez en la sociedad, así como su supervivencia económica no condiciona en absoluto el ejercicio del derecho de separación. Como resulta de la regulación legal (*vide* artículo 356 de la Ley de Sociedades de Capital), el reembolso del valor razonable determinado por el experto independiente (art. 354), es una obligación de la sociedad que puede ser llevada a cabo de distintas formas pero que no condiciona el ejercicio del derecho individual del socio reconocido en el artículo 348 bis de la propia Ley.

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.

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 de solvencia de 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...».

7. Finalmente y aunque el escrito de recurso no reitera la solicitud hecha en el escrito de oposición relativa a que se designe al mismo auditor que llevó a cabo la verificación de las cuentas del ejercicio 2017 como experto a los efectos del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital, esta Dirección General de los Registros y del Notariado entiende que es preciso llevar a cabo un pronunciamiento a fin de no dejar sin respuesta ninguna de las cuestiones planteadas por la sociedad.

No puede estimarse la pretensión de que el experto designado sea precisamente el que señala la sociedad. Es doctrina reiterada de esta Dirección (*vide* resoluciones en materia de auditores de 15 de diciembre de 2004, 2 y 3 de junio y 19 de octubre de 2006, 17 de enero y 27 de noviembre de 2007 y 13 de abril de 2012 entre otras), que de conformidad con las normas de procedimiento para el nombramiento de auditor el Registrador Mercantil está obligado a seguir el sistema reglado establecido en el artículo 355 del Reglamento del Registro Mercantil, sistema que incumpliría de designar a un experto distinto. La Dirección General de los Registros y del Notariado por su parte, solo puede excepcionar dicho sistema reglado si concurren –ex artículo 356 del citado texto reglamentario– circunstancias especiales y dichas circunstancias no concurren en el caso que nos ocupa.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Burgos, don Ramón Vicente Modesto Caballero de fecha 25 de enero 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, que pone fin a la vía administrativa conforme al artículo 114.1. a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, podrá ser impugnada ante los juzgados y tribunales competentes del orden jurisdiccional civil.

Madrid, 16 de mayo de 2019 (3.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de Burgos.

Resolución de 22 de mayo de 2019 (1.ª)

En el expediente 45/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Informática de Gestión Avanzada Neogés, S.L.».

HECHOS

I

Don …… presentó escrito de fecha 6 de febrero de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Málaga, 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 «Informática de Gestión Avanzada Neogés, S.L.». (concretamente titular del 25 %), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

II

El Registrador Mercantil de Málaga, don Gonzalo Diéguez Oliva, notifica a la sociedad mediante resolución de fecha 21 de febrero de 2019, que es recibida el día 26 del mismo mes, para que, en su caso, ejercite el derecho de oposición a tal solicitud.

III

La sociedad se opuso a la pretensión del socio mediante escrito suscrito el día 4 de marzo por don ……, alegando que «la sociedad se encuentra sin actividad durante el último ejercicio y se van a realizar los trámites de disolución».

IV

El Registrador Mercantil de Málaga, don Gonzalo Diéguez Oliva, dictó resolución de fecha 11 de marzo de 2019 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

V

Don ……, administrador único de la sociedad, por escrito de fecha 1 de abril de 2019, que tuvo entrada el día 2 del mismo mes en el Registro Mercantil de Málaga, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando la falta de actividad de la mercantil, así como la mala fe y abuso de derecho por parte del solicitante en el ejercicio de su solicitud, ya que fue administrador solidario de la sociedad hasta su cese el 8 de agosto de 2018, con anterioridad a la solicitud.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 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 no pueden imponerse al derecho individual del socio a que las cuentas del ejercicio sean objeto de auditoría.

En concreto, los motivos de recurso se pueden agrupar en dos: la inactividad de la sociedad durante el último ejercicio social, así como la previsión de «realizar los trámites de disolución» de la misma; y la falta de buena fe por parte del socio solicitante.

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

En cuanto al primero de dichos motivos, la falta de actividad de la mercantil y la previsión de realizar los trámites de disolución debe recordarse la doctrina elaborada respecto de tal extremo por este Centro Directivo. Así ha reiterado que independientemente de la actividad efectiva de la misma, e incluso durante la fase liquidatoria de la sociedad, su personalidad jurídica subsiste hasta que se haya cancelado en el Registro los asientos referentes a la sociedad extinguida e incluso más allá en tanto no se hayan extinguido el conjunto de sus relaciones jurídicas (*vide* arts. 398 a 400 de la Ley de Sociedades de Capital y resolución de 7 de diciembre de 2012 en sede de recursos guber-

nativos). Además, la naturaleza esencialmente reversible de la sociedad en liquidación (art. 370 de la Ley de Sociedades de Capital y resolución en materia de recursos gubernativos de fecha 12 de marzo de 2013), justifica que durante este periodo no exista impedimento legal alguno al nombramiento de auditor a instancia de la minoría. La sociedad en el caso que nos ocupa, no ha sido cancelada en el Registro y subsiste la por tanto vigente por lo que procede el nombramiento de auditor solicitado (*vide* resoluciones de 9 de diciembre de 2005, 31 de octubre de 2006 y 9 de febrero de 2011 entre otras).

3. Respecto a la segunda cuestión objeto del recurso, 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).

4. En relación con la posible concurrencia de fraude de ley en la solicitud, es constante doctrina de este Centro Directivo que, a diferencia de las solicitudes de nombramiento registral de auditor para las sociedades obligadas por ley a la verificación contable y fundadas en el artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital, en aquellas otras, exentas de esta obligación, la causa de la petición es siempre y típicamente la misma: la inexistencia de una auditoría previa. Dicha circunstancia determina la existencia de un interés protegible que se reconoce a los socios minoritarios y la consecuente atribución del derecho a solicitar que se lleve a cabo la verificación. Por ello, el artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil que articula el procedimiento para la tramitación de las solicitudes fundadas en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, no exige su expresión, de alcance puramente formal, pues, como ya se ha indicado, la inexpresión de la causa de la petición o su expresión inadecuada es intrascendente en este procedimiento de nombramiento registral de auditor a instancia de los socios minoritarios de entidades mercantiles (en este sentido pueden verse las Resoluciones de la Dirección

General de los Registros y del Notariado de fechas 12 y 23 de julio, 7 de octubre de 2010 y 11 y 31 de marzo de 2014 entre otras).

Directamente relacionado con lo anterior, el interés del socio que reclama el nombramiento de auditor no es ni puede ser objeto de valoración en el estrecho ámbito de este expediente. Como es doctrina reiterada (*vide* resoluciones de 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010, entre otras), el objeto de este procedimiento se limita a determinar si concurren o no los requisitos legales para la procedencia de nombramiento de auditor a instancia de la minoría sin que dentro de su estrecho cauce pueda pretenderse el conocimiento de otras materias reservadas a otras Administraciones o a los Tribunales de Justicia (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.

5. Por último, debe recordarse que no es aceptable pretender enervar el derecho del socio minoritario apelando a un presunto conocimiento previo de las cuentas sociales o la falta de ejercicio de su derecho a la información frente a la sociedad (*vide* resoluciones de este Centro de 7 de mayo de 2012 y 5 de febrero y 28 de mayo de 2013 y 17 de junio de 2014). En ningún caso la apelación a dicha circunstancia puede enervar la pretensión de nombramiento, dado que los derechos de información y auditoría, aunque complementarios y relacionados entre sí, resultan distintos por su finalidad y requisitos e independientes en cuanto a las condiciones para su ejercicio. Los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, independientemente de si ejercieron previamente su derecho a solicitar información financiera o contable o si, por cualquier otra circunstancia como la de ejercer en su día el cargo de administrador, tuvieron acceso a la contabilidad social (*vide* arts. 196 y 197 en relación con los artículos 253 y 272 de la Ley de Sociedades de Capital). Téngase en cuenta que el objeto de este expediente no es determinar si el socio minoritario puede acceder o no a la información contable sino si tiene derecho a que se designe un auditor a fin de obtener una opinión técnica, independiente e imparcial sobre si las cuentas «expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación» (art. 4.1 de Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de cuentas).

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

socio solicitante más del cinco por ciento del capital social y no habiendo transcurrido tres meses desde la fecha de cierre de dicho ejercicio, procede el nombramiento solicitado de auditor que efectúe la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2018.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Málaga, don Gonzalo Diéguez Oliva, de fecha 11 de marzo 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, que pone fin a la vía administrativa conforme al artículo 114.1. a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, podrá ser impugnada ante los juzgados y tribunales competentes del orden jurisdiccional civil.

Madrid, 22 de mayo de 2019 (1.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de Málaga.

Resolución de 22 de mayo de 2019 (2.ª)

En el expediente 32/2019 sobre nombramiento de experto independiente en ejercicio de derecho de separación de socios de la entidad mercantil «Ópera Omnia, S.L.».

HECHOS

I

Con fecha 4 de enero de 2019 el socio «Construcciones Alta, S.L.». presentó escrito dirigido al Registro Mercantil de Tenerife, solicitando el nombramiento de experto para el ejercicio de derecho de separación del mismo de la entidad «Ópera Omnia, S.L.»., S.L.», de acuerdo con el artículo 348 bis de la de la Ley de Sociedades Capital, promovido por don …… en calidad de administrador único de «Construcciones Alta, S.L.».

II

Tras la tramitación del oportuno expediente por el Registro Mercantil de Tenerife, y dictada por éste resolución en fecha 13 de febrero de 2019, dicha resolución fue objeto de recurso de alzada ante esta Dirección General con fecha 11 de marzo del corriente y elevado el expediente completo a este Centro Directivo en el que tuvo su entrada con fecha 13 de ese mismo mes.

III

Posteriormente, con fecha 27 de marzo de 2019 el Registrador Mercantil de Tenerife remite a esta Dirección General escrito de renuncia al recurso presentado por el recurrente, don ……, en representación de la entidad «Ópera Omnia, S.L.», fechado el 26 del mismo mes y año.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 21, 35, 53, 84 y 94 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 348 bis 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 Reglamento del Registro Mercantil.

Único: Esta Dirección General ha resuelto aceptar de plano el desistimiento presentado por don ……, en representación de la entidad «Ópera Omnia, S.L.».como recurrente, y declarar concluso el procedimiento iniciado a su instancia al no existir interés protegible que imponga su continuación.

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el desistimiento y acordar la conclusión del procedimiento de nombramiento de experto independiente en el referido expediente.

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

Madrid, 22 de mayo de 2019 (2.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de Tenerife.

Resolución de 29 de mayo de 2019 (1.ª)

En el expediente 33/2019 sobre nombramiento de experto independiente en ejercicio de derecho de separación de socios de la entidad mercantil «Promociones Inmobiliarias Serrano, S.L.».

HECHOS

I

Con fecha 26 de diciembre de 2018 el socio «Construcciones Alta, S.L.» presentó escrito dirigido al Registro Mercantil de Tenerife, solicitando el nombramiento de experto para el ejercicio de derecho de separación del mismo de la «Promociones Inmobiliarias Serrano, S.L.», de acuerdo con el artículo 348 bis de la de la Ley de Sociedades Capital, promovido por don …… en calidad de administrador único de «Construcciones Alta, S.L.».

II

Tras la tramitación del oportuno expediente por el Registro Mercantil de Tenerife, y dictada por éste resolución en fecha 13 de febrero de 2019, dicha resolución fue objeto de recurso de alzada ante esta Dirección General con fecha 11 de marzo, y elevado el expediente completo a este Centro Directivo en el que tuvo su entrada con fecha 13 de ese mismo mes.

III

Posteriormente, con fecha 27 de marzo de 2019 el Registrador Mercantil de Tenerife remite a esta Dirección General escrito de renuncia al recurso presentado por el recurrente, don ……, en representación de la entidad «Promociones Inmobiliarias Serrano, S.L.», fechado el 26 del mismo mes y año.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 21, 35, 53, 84 y 94 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 348 bis 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 Reglamento del Registro Mercantil.

Único. Esta Dirección General ha resuelto aceptar de plano el desistimiento presentado por don ……, en representación de la entidad «Promociones Inmobiliarias Serrano, S.L.» como recurrente, y declarar concluso el procedimiento iniciado a su instancia al no existir interés protegible que imponga su continuación.

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el desistimiento y acordar la conclusión del procedimiento de nombramiento de experto independiente en el referido expediente.

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

Madrid, 29 de mayo de 2019 (1.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de Tenerife.

Resolución de 29 de mayo de 2019 (2.ª)

En el expediente 34/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Mundo Seresma, S.L.».

HECHOS

I

Doña …… presentó escrito dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 8 de enero 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 de más del 5 % del capital social de «Mundo Seresma, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

Con el anterior escrito de solicitud se acompañan los documentos que se estiman pertinentes.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil formulando oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito que tuvo su entrada en el Registro Mercantil el día 8 de enero de 2019, suscrito por don ……, en su condición de administrador único de la mercantil. En dicho escrito de oposición se alega, en esencia, falta de legitimación de la solicitante.

Con el indicado escrito de oposición, se acompaña la documentación que se estima pertinente.

III

El Registrador Mercantil de Madrid V, don Mariano Rajoy Brey, dictó resolución de fecha 6 de marzo de 2019 por la que acordó desestimar la solicitud de nombramiento de

auditor solicitado para el ejercicio 2018, al no reunir la solicitante el requisito referente al capital mínimo exigido en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, consecuencia del aumento de capital de la sociedad e inscripción del mismo con fecha 5 de marzo de 2019, causando la inscripción 3.ª de la hoja 587160 del Registro Mercantil.

IV

Doña …… interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra la anterior resolución de fecha 6 de marzo de 2019, alegando en esta sede y momento procedimental haber formulado demanda de impugnación de acuerdos sociales con solicitud de medidas cautelares, que están siendo conocidas por el Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid, autos 298/2019; medidas consistentes en la suspensión de los acuerdos adoptados en la junta general en cuestión y anotación preventiva de la demanda interpuesta. Consecuencia de lo anterior, entiende la recurrente no haber tenido lugar formalmente la ampliación de capital y que continúa siendo titular del 24 % del capital social, reuniendo por tanto los requisitos del 265.2 LSC.

Con el escrito de recurso acompaña la recurrente la documentación que estima pertinente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 35, 88, 89, 98, 108, 117, 120, 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 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.

Único. Como ha reiterado la Dirección General de los Registros y del Notariado (así, en 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 otras), procede la suspensión del procedimiento cuando se está discutiendo en vía judicial su legitimación, bien porque se discuta su condición de socio, bien para discutir si el solicitante es titular de participaciones concretas, bien para determinar si el solicitante es titular de un porcentaje sobre un conjunto de ellas bien porque, como en este caso, se discuta el porcentaje de participación en el capital social consecuencia de la impugnación de acuerdos sociales relativos a la ampliación de capital adoptados en junta general, lo que podría afectar al porcentaje del que es efectivamente titular la solicitante, a tenor del resultado del proceso.

El hecho de que el conocimiento de la cuestión debatida esté siendo ejercitada por los Tribunales impide un pronunciamiento en tanto no exista una resolución judicial firme al respecto.

En el caso presente, acreditado en el expediente que existe litispendencia en torno a la legitimación de la solicitante por haberse planteado ante el Juzgado competente demanda de impugnación de acuerdos sociales con solicitud de medidas cautelares, que están siendo conocidas por el Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid, autos 298/2019, procede declarar en suspenso la tramitación del expediente hasta que la exigida legitimación haya sido definitivamente aclarada mediante sentencia firme dictada en el procedimiento correspondiente.

En este sentido, y según resulta de la parte dispositiva del auto 81/2019, dictado por el magistrado-juez don Juan Carlos Picazo Menéndez, de fecha 4 de marzo de 2019, se acuerda «la adopción de la medida cautelar de suspensión de los acuerdos adoptados en la Junta General Extraordinaria de 19/12/2018 y la anotación preventiva de demanda», medidas que, además, y según parece resultar del fundamento de derecho segundo de dicho auto, se adoptan por «acuerdo de las partes».

En resumen, resultando del expediente obrante en esta Dirección General la existencia de procedimiento judicial que, de prosperar en beneficio de la peticionaria, determinaría la existencia de un interés protegible en los términos del artículo 265.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital procede la suspensión del procedimiento en tanto no recaiga sentencia firme de la que resulte la concurrencia o no del requisito de legitimación alegado por la parte solicitante y al que se opone la sociedad; lo anterior, a pesar de que dicha litispendencia se haya alegado y puesto de manifiesto en esta sede y momento.

En su virtud, esta Dirección General resuelve revocar la resolución del Registrador Mercantil de Madrid V, don Mariano Rajoy Brey, dictada con fecha 6 de marzo de 2019, por la que acordaba desestimar la solicitud de nombramiento de auditor solicitado para el ejercicio 2018, y suspender el procedimiento de nombramiento de auditor solicitado por doña ……, en los términos expresados en 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, que pone fin a la vía administrativa conforme al artículo 114.1. a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, podrá ser impugnada ante los juzgados y tribunales competentes del orden jurisdiccional civil.

Madrid, 29 de mayo de 2019 (2.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de Madrid.

Resolución de 29 de mayo de 2019 (3.ª)

En el expediente 35/2019 sobre sustitución de liquidador a instancia de un acreedor de «Serra Grau S. A., en liquidación».

HECHOS

I

Don S. S. C, presentó un escrito de fecha 27 de diciembre de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, en el que solicitó, al amparo del artículo 389 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio de «Serra Grau S. A., en liquidación», la sustitución de los liquidadores en su día designados, don J. S. C. y doña M. S. C., como consecuencia de la excesiva duración de la liquidación.

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

a) Que es socio de la sociedad por distintos títulos, ostentando un 27,3 % del capital social.

b) Que la sociedad Serra Grau S. A., en liquidación, adoptó el acuerdo de disolución el día 25 de julio de 2013 habiendo transcurrido más de cinco años desde dicha fecha sin que los liquidadores hayan presentado a la junta general el balance final de liquidación.

De copia del acta notarial, que se acompaña, autorizada el día 25 de julio de 2013 por la notaria de Barcelona doña Ana María Vázquez Vázquez y de diligencia de la misma fecha resulta: Que la junta general de la sociedad se reunió en la fecha citada con carácter universal con asistencia, presente o representado, de la totalidad de los socios que representaban la totalidad del capital social. Que la junta general aprobó, tras un intenso debate, las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2012, así como la propuesta de resultado y la gestión social con el voto en contra del hoy solicitante. Que igualmente se aprueba por parte de la junta general su disolución, por concurrir causa legal, así como la conversión de los dos administradores solidarios en liquidadores, en ambos casos con el voto en contra del hoy solicitante.

c) Que igualmente han incumplido las obligaciones de información establecidas en la Ley de Sociedades de Capital.

II

Previo traslado de la solicitud por parte del Registro Mercantil, la sociedad por medio de sus liquidadores se opuso a la pretensión del socio alegando: Que en todo momento han llevado a cabo de modo diligente las operaciones de liquidación de la sociedad llevando a cabo las operaciones pendientes, así como llevando a cabo las necesarias para la debida liquidación de la sociedad de un modo ordenado. Que entre dichas acciones se encuentran dieciocho procedimientos judiciales seguidos ante la jurisdicción laboral como consecuencia de demandas de empleados de la sociedad los cuales han finalizado con transacción o con desistimiento habiendo recibido el socio puntual información de la situación social. Que igualmente y ante la existencia de una deuda con la Seguridad Social se pactó un aplazamiento/fraccionamiento de la deuda cuyo último pago se realizó en marzo de 2018 como se justifica documentalmente, de todo lo cual ha sido informado el solicitante. Que igual-

mente y ante la existencia de una importante deuda con la Agencia Tributaria se negoció un aplazamiento/fraccionamiento concedido en 2014 y cuyo último plazo se ha producido en enero de 2019, de todo lo cual ha recibido información el solicitante. Que de las circunstancias señaladas resulta la existencia de una justa causa a que se refiere el artículo 389 de la Ley de Sociedades de Capital que justifica la dilación en la liquidación. Que producido el último pago a la Agencia Tributaria se procederá a la elaboración del balance final y a la convocatoria de la junta general de conformidad con la previsión del artículo 390 de la Ley de Sociedades de Capital con cita de la sentencia del Tribunal Supremo 503/2012, de 25 de julio, así como de las sentencias 118/2015, de 19 de marzo de la Audiencia Provincial de Orense y 203/2017, de 4 de diciembre de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 28).

III

El Registrador Mercantil de Barcelona núm. 14, don Luis Fernández del Pozo dictó resolución en fecha 29 de enero de 2019 por la que acordó la desestimación de la solicitud por entender que los liquidadores de la sociedad han justificado la concurrencia de una justa causa para la dilación del proceso de liquidación de la sociedad.

IV

Don S. S. C., por escrito de fecha 1 de marzo de 2019, que tuvo entrada el día 11 inmediato posterior en el Registro Mercantil de Barcelona, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a, resumidamente, los siguientes argumentos: Que de conformidad con el artículo 389 de la Ley de Sociedades de Capital la regla general es que transcurridos tres años desde la disolución de la sociedad sin que se haya presentado a aprobación el balance de liquidación existe causa de sustitución de los liquidadores. Que la única excepción es que concurra causa que justifique la dilación. Que producida la designación de los liquidadores de la sociedad se incumplió la obligación de realizar en el plazo de tres meses un inventario y balance conforme al artículo 383 de la Ley de Sociedades de Capital, sin que se le haya entregado al socio solicitante ni se haya aportado al expediente. Que desde la disolución de la sociedad no se han convocado juntas ordinarias para la aprobación de las cuentas de los ejercicios 2015, 2016 y 2017 ni otro tipo de juntas para informar de la liquidación. Que no es cierto que haya sido informado por los liquidadores de la marcha de la liquidación. Que los aplazamientos de las deudas con la seguridad social y la Agencia Tributaria no están justificados y obedecen a otras finalidades distintas pues la sociedad tenia liquidez suficiente para hacer cargo al pago de las deudas pendientes. Que la dilación en la liquidación ha sido provocada por los propios liquidadores. Que sólo se han convocados juntas para aprobar las cuentas de 2013 (junta de 3 de junio de 2016), y del ejercicio 2014 (junta de septiembre de 2017), juntas en las que no se ha informado de la marcha de la liquidación y cuyas cuentas no han sido objeto de depósito. Que de los informes de auditoría de dichos ejercicios resultan distintas salvedades de los auditores que señalan que las respectivas memorias no han incluido menciones sobre la marcha de la liquidación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; artículos 371, 375, 376, 378, 380, 381, 383, 384, 385, 387, 388, 389 y 390 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital; 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil; la sentencia 866/1997, de 10 de octubre del Tribunal Supremo; sentencia número 118/2015 de 19 marzo de la Audiencia Provincial de Ourense (Sección 1.ª); auto 168/1998, de 27 de marzo de la Audiencia Provincial de La Rioja; auto número 203/2017 de 4 diciembre de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 28.ª); y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado en sede de recursos gubernativos de 13 de febrero de 1986, 30 de marzo de 1993, 26 de enero de 1994, 29 de octubre y 20 de noviembre de 1998, 12 de febrero y 27 de noviembre de 1999, 22 de mayo y 23 de julio de 2001, 3 de marzo de 2012, 5 de marzo y 16 de octubre de 2015, 3 de marzo y 13 de abril de 2016 y 27 de marzo de 2019.

1. Constituye el objeto de este expediente, tramitado al amparo de la previsión del artículo 389 de la Ley de Sociedades de Capital, la solicitud llevada a cabo por un socio de una sociedad anónima en liquidación de que se lleve a cabo por parte del Registrador Mercantil la sustitución de los liquidadores en su día designados, como consecuencia de la duración excesiva de la liquidación.

2. La sociedad a que este expediente se refiere está en situación de liquidación, situación que como afirmara la Resolución de este Centro Directivo de 29 de octubre de 1998, tiene como objetivo «la determinación de la existencia o inexistencia de un remanente de bienes repartible entre los socios para, previa satisfacción de los acreedores sociales en su caso, proceder a su reparto y a la cancelación de los asientos regístrales de la sociedad, lo que hace imprescindible la formulación de un balance final que refleje fielmente el estado patrimonial de la sociedad una vez realizadas las operaciones liquidatorias que aquella determinación comporta».

Con más precisión, la Resolución de 22 de mayo de 2001 afirma que «la liquidación no es, sino un procedimiento independiente, aunque derivado de la disolución, integrado por una serie de operaciones conducentes a extinguir las relaciones jurídicas de la sociedad, tanto con terceros como con sus propios socios para culminar con la extinción definitiva de aquélla. Durante ese período la sociedad sobrevive, conservando su personalidad jurídica, pero sujeta a un status especial, por cuanto con la disolución se pone fin a su vida empresarial activa (cfr. art. 267.1 Ley de Sociedades Anónimas) para pasar a realizar las actuaciones tendentes tan sólo a lograr aquellos fines tal como resulta de la enumeración de facultades de los liquidadores contenidas en el artículo 272 de la Ley (*vide* hoy, sección 3.ª del capítulo II, del Título décimo de la Ley de Sociedades de Capital)».

La figura central a la que la Ley llama en este período a desarrollar la actividad social y llevar a cabo el especial destino de las sociedades, es la figura del liquidador. Como afirma la Resolución de 3 de marzo de 2012: «…la vigente Ley de Sociedades de Capital, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2010 de 2 de julio, regula de forma detallada todo el proceso de liquidación de sociedades mercantiles estableciendo con detalle todas las operaciones que deben realizar los liquidadores nombrados hasta llegar a la total extinción de la sociedad y consiguiente cancelación de asientos registrales, previo pago a los acreedores y adjudicación del haber social. Uno de los puntos esenciales de ese proceso liquidatorio es la aprobación por la junta general del balance final de liquidación, o cuenta de cierre, del informe sobre las operaciones de liquidación y del proyecto de división entre los socios del activo resultante (cfr. art. 390.1 de la Ley de Sociedades de Capital). Dada la importancia y trascendencia de las operaciones liquidatorias que desembocan en el balance final de liquidación sometido a la aprobación de la junta general, que es la base sobre la cual, en su caso, se efectúa el reparto del haber social, y que debe ser resumen de todas las operaciones de liquidación patrimonial, el artículo 390.2 de la Ley de Sociedades de Capital concede a los socios que no hayan votado a favor del acuerdo, entre los que se incluyen lógicamente los no asistentes a la junta general, el derecho de impugnar el acuerdo de la junta general de aprobación del balance final en el plazo de dos meses a contar desde la adopción del acuerdo».

Para llevar a cabo esta tarea la Ley de Sociedades de Capital impone al liquidador designado un conjunto de facultades y deberes conducentes todos ellos al más exacto cumplimiento de las previsiones legales: obligación de velar por el patrimonio social (art. 375), de ejercer el poder de representación de la sociedad (art. 379), de formular un balance inicial (art. 383), de concluir las obligaciones pendientes y realizar las nuevas que sean necesarias (art. 384), de realizar el cobro de créditos así como el pago de deudas (art. 385), de llevar la contabilidad y de cumplir las obligaciones relativas a los libros sociales (art. 386), de enajenar los bienes sociales (art. 387), de informar debida y periódicamente a los socios (art. 388), de formular el balance final, el informe sobre las operaciones de liquidación y el proyecto de división del haber social (art. 390), de satisfacer la cuota de liquidación a cada socio (arts. 391 y 394), de satisfacerla en metálico (art. 393) y, en fin, de otorgar la escritura de extinción de la sociedad (art. 395), sin perjuicio de persistir sus obligaciones si resulta la existencia de activo o pasivo sobrevenido (arts. 398 y 399), o las derivadas de formalización de actos jurídicos (art. 400).

Como afirma la citada Resolución de 22 de mayo de 2001, el régimen establecido legalmente presenta «un marcado carácter imperativo», derivado de la especial situación en que se encuentra la sociedad, de la finalidad que ha de presidir la realización de las operaciones liquidatorias y de la protección contemplada a los derechos de los socios y terceros. Así, los liquidadores no pueden llevar a cabo el reparto del haber social sin previamente satisfacer a los

acreedores (art. 391.2 de la Ley de Sociedades de Capital y Resolución citada), ni pueden llevarlo a cabo en forma distinta a la establecida en los estatutos sociales o en la determinada por acuerdo social (art. 391.1), ni pueden satisfacer la cuota de liquidación en otra cosa que no sea dinero, salvo disposición contraria de los estatutos (art. 393), ni pueden pagarla hasta que haya devenido definitiva (art. 394 y Resolución de 13 de febrero de 1986).

3. La previsión legal es que el conjunto de operaciones que comprende la liquidación de una sociedad de capital se lleve a cabo por el liquidador sin sujeción a plazo y salvo disposición contraria de los estatutos (art. 378 de la Ley de Sociedades de Capital), previsión que obedece no sólo a la eventual complejidad de las operaciones de liquidación sino a la posibilidad de aparición de activos o pasivos sobrevenidos, tal y como se ha expuesto con anterioridad.

La previsión legal empero ha tenido en nuestro ordenamiento el contrapeso de la posibilidad de destitución del liquidador. Dejando de lado otros supuestos (separación por la junta general y separación a solicitud de accionistas, artículo 380.1 de la Ley de Sociedades de Capital), nuestro derecho siempre ha procurado la salvaguarda de los derechos de socios y de otros interesados en los supuestos en los que se ha producido un incumplimiento por parte del liquidador de sus obligaciones legales.

Dispone así el artículo 230 del Código de Comercio: «Bajo pena de destitución, deberán los liquidadores: 1.º Formar y comunicar a los socios, dentro del término de veinte días, el inventario del haber social, con el balance de las cuentas de la sociedad en liquidación, según los libros de su contabilidad. 2.º Comunicar igualmente a los socios todos los meses el estado de la liquidación.» La norma se aplicó al régimen de las sociedades de responsabilidad limitada como consecuencia de lo establecido por el artículo 32 de la Ley de 17 de julio de 1953: «Para la liquidación de las Sociedades de Responsabilidad Limitada se estará a lo dispuesto en la escritura de constitución y en el Código de Comercio.»

La previsión pasó al régimen de las sociedades anónimas en la forma establecida en el artículo 161.3 de la Ley de 17 de julio 1951, Ley sobre régimen jurídico de las sociedades anónimas que estableció: «Termina la función de los liquidadores:3. Por decisión judicial, mediante justa causa, a petición de un grupo de accionistas que representen la vigésima parte del capital social.» La norma se incorporó al artículo 280 c) del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.

Por su parte la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitadas estableció un régimen distinto en el apartado segundo de su artículo 111, en los términos siguientes: «Transcurridos tres años desde la apertura de la liquidación sin que se haya sometido a la aprobación de la Junta General el balance final de liquidación, cualquier socio o persona con interés legítimo podrá solicitar del Juez de Primera Instancia del domicilio social la separación de los liquidadores. El Juez, previa audiencia de los liquidadores,

acordará la separación si no existiere causa que justifique la dilación y nombrará liquidadores a la persona o personas que tenga por conveniente, fijando su régimen de actuación. Contra la resolución por la que se acuerde la separación y el nombramiento de liquidadores, no cabrá recurso alguno.»

Esta es la redacción que pasó al 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 que hoy, tras la reforma operada por la disposición final 14.5 de Ley núm. 15/2015, de 2 de julio, dice así: «1. Transcurridos tres años desde la apertura de la liquidación sin que se haya sometido a la aprobación de la junta general el balance final de liquidación, cualquier socio o persona con interés legítimo podrá solicitar del Secretario judicial o Registrador Mercantil del domicilio social la separación de los liquidadores. 2. El Secretario judicial o Registrador mercantil, previa audiencia de los liquidadores, acordará la separación si no existiere causa que justifique la dilación y nombrará liquidadores a la persona o personas que tenga por conveniente, fijando su régimen de actuación. 3. La resolución que se dicte sobre la revocación del auditor será recurrible ante el Juez de lo Mercantil.»

4. Como pusiera de relieve la Resolución de 7 de marzo de 2016 (en sede de Resoluciones sobre solicitud de convocatoria de junta general de sociedades de capital), la atribución competencial a los registradores mercantiles llevada a cabo por la reforma que de la Ley de Sociedades de Capital ha llevado a cabo la disposición final decimocuarta de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, no debe confundirse con la de calificación que le atribuye el artículo 18 del Código de Comercio, que constituye el núcleo de su función y que se rige por las reglas generales contenidas en el propio Código y en sus normas de desarrollo. La competencia de tramitar el expediente de convocatoria de junta general de una sociedad de capital debe encuadrarse entre aquellas a las que se refiere el artículo 16.2 del Código de Comercio y que vienen desarrolladas en el Título Tercero del Reglamento del Registro Mercantil que expresivamente se denomina «De otras funciones del Registro Mercantil».

Esta Dirección General ha afirmado en múltiples ocasiones en sede de recursos en materia de nombramiento de auditores a instancia de la minoría *(vid.* Resoluciones de 26 de junio y 28 de julio de 2014, por todas), así como en materia de generación o renovación del código identificador de persona jurídica *(vid.* Resolución de 16 de julio de 2015), en sede de designación de mediadores concursales *(vid.* Resolución de 4 de marzo de 2016), y en sede de convocatoria de juntas generales *(vid.* Resolución ya citada y otras posteriores), que determinadas funciones encomendadas legalmente al registrador se encuadran en esas «otras funciones del Registro», a que se refiere el artículo 16.2 del Código de Comercio, funciones que son distintas de las relativas a la inscripción de los empresarios y sus actos (art. 16.1 del Código de Comercio). A diferencia de ésta, presidida por la función calificadora como control de legalidad que en aras del interés público a que responde la publicidad registral es llevado a cabo por el Registrador Mercantil de forma unilate-

ral y objetiva, en los expedientes sobre nombramiento de auditores existe un foro de contraposición de intereses que ha de resolver el registrador como órgano de la Administración (Resolución de 15 de julio de 2005). De este modo, la decisión del Registrador Mercantil declarando la procedencia de la convocatoria de junta general no tiene el carácter de calificación registral, sino que es un acuerdo adoptado por quien en este procedimiento regulado en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil es la autoridad pública competente para resolver la solicitud (Resoluciones de 13 de enero de 2011 y 10 de julio de 2013, entre otras). De aquí se derivan importantes consecuencias como son el escaso rigorismo formal del procedimiento (por todas, Resolución de 21 de julio de 2010), la existencia de un sistema de recursos distinto del previsto para la calificación registral, y la aplicación subsidiaria de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en lo no previsto por una norma específica.

Esta misma doctrina es aplicable al expediente registral a través del que se da respuesta a la solicitud prevista en el artículo 389 de la Ley de Sociedades de Capital. En definitiva, que como ocurre con la competencia de nombramiento de expertos independientes y auditores, la de gestionar el denominado código identificador de entidades jurídicas, la de designar mediadores concursales, la de convocar juntas generales y otras similares, la de resolver sobre la procedencia de la sustitución de la persona del liquidador no es una función de calificación.

Una primera consecuencia de esta afirmación es la que se refiere al objeto del expediente. A diferencia del procedimiento por el que se resuelve la procedencia o no de modificar el contenido del Registro de la Propiedad, mercantil o de bienes muebles, el objeto de este expediente tiene el limitado alcance definido por el artículo 389 de la Ley de Sociedades de Capital: determinar si concurren o no los requisitos para la sustitución del liquidador designado y su sustitución por otro en los términos que resultan del precepto. 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 procede que en el ámbito de este procedimiento se lleven a cabo pronunciamientos en relación a las cuestiones planteadas por las partes en este expediente y que son ajenas a su naturaleza y objeto, como son la valoración de la oportunidad o conveniencia de aplazar y fraccionar determinadas deudas o la determinación de si la información recibida del liquidador es o no suficiente para satisfacer unos u otros intereses.

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.

Otra consecuencia importante de la naturaleza de este expediente es el que hace relación a la normativa aplicable. La ausencia de un procedimiento registral específico para que el Registrador Mercantil lleve a cabo el ejercicio de su competencia, a la espera de una futura reforma del Reglamento del Registro Mercantil, ha sido objeto de atención por esta Dirección General de los Registros y del Notariado que en su Resolución de contestación de consulta de 20 de noviembre de 2015, ha recordado que en relación al procedimiento que debe seguirse para tramitar expedientes desjudicializados de Jurisdicción Voluntaria por el Registrador Mercantil suele existir en la Ley, en los distintos expedientes, una remisión expresa a lo previsto para ello en el Reglamento del Registro Mercantil. Así, en el artículo 40 del Código de Comercio; artículos 139 y 140 de la Ley de Sociedades de Capital; artículo 266.2 de la Ley de Sociedades de Capital; artículo 377 de la Ley de Sociedades de Capital; artículo 381.2 y artículo 422 de la Ley de Sociedades de Capital. Falta sin embargo remisión expresa al Reglamento del Registro Mercantil en el supuesto de separación y sustitución de liquidadores. Como se afirmó entonces, la omisión reseñada no obstante es salvable pues 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.

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 al liquidador a efectos de formular oposición, lo establecido en cuanto a auditores en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

A diferencia del procedimiento previsto en materia de nombramiento de expertos independientes por el Registrador Mercantil (en que sólo se contempla la posibilidad de formular oposición en el caso de la recusación del nombrado), en el de nombramiento de auditores siempre ha existido un trámite por escrito de audiencia que permite ventilar la contradicción dentro del procedimiento. Se trata de una controversia que carece de relevancia contenciosa en los términos del artículo 1.2 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria y que, a diferencia de lo previsto en la vieja Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, no

obliga a acudir a la jurisdicción contenciosa *(vid.* art. 17.3. 2.º de la Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativa).

Se aplicarán, en primer lugar, las reglas particulares del procedimiento previsto en materia de auditores (que contiene un mecanismo procedimental para solventar la audiencia de la sociedad o del liquidador, en este caso) contenidas en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil. En lo no previsto, cabe la aplicación supletoria de primer grado de lo establecido en el propio Reglamento del Registro Mercantil en materia de nombramiento de expertos independientes *(vid.* art. 364 del Reglamento del Registro Mercantil). Hay una aplicación supletoria de segundo grado de lo establecido en el procedimiento registral común e hipotecario *(vid.* art. 80 del Reglamento del Registro Mercantil sobre remisión al Reglamento Hipotecario) y, en fin, en lo no previsto aún, cabe entender con la doctrina Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de expedientes de expertos y auditores, que existe una supletoriedad de tercer grado de la legislación acerca del procedimiento administrativo común.

Esta última circunstancia tiene una especial relevancia porque, a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento registral ordinario, tienen derecho a participar en el expediente todos aquellos que ostenten la cualidad de interesados (art. 4 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), así como realizar alegaciones en cualquier estado del procedimiento (art. 76), y a la subsanación de la solicitud en los términos establecidos en el artículo 68 de la Ley. Por su parte la Administración, de forma contraria a lo que ocurre en el procedimiento registral ordinario (art. 326 de la Ley Hipotecaria), podrá resolver sobre las cuestiones que resulten del expediente, aún de las no traídas por las partes (arts. 88 y 119 de la Ley).

5. Establecido el marco conceptual en que debe resolverse este expediente tanto a nivel de ley material como de procedimiento, debe afirmarse en primer lugar la legitimación del solicitante, en cuanto socio, para instar el procedimiento que, como vimos más arriba, tiene como uno de sus fines esenciales satisfacer los créditos pendientes al tiempo de la apertura de la liquidación o los posteriores que puedan devengarse a fin de determinar el neto a distribuir así como determinar el neto repartible.

El artículo 389 de la Ley de Sociedades de Capital, en un esfuerzo objetivizador que proviene de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada de 1995, establece un plazo de tres años desde la apertura de la fase de liquidación para que cualquier socio o persona con interés legítimo inste la sustitución del liquidador designado. Este dato meramente temporal exige a su vez que en dicho plazo (computado desde la declaración de disolución y no desde la aceptación del cargo de liquidador como resulta indubitadamente de los artículos 371 y 389 de la Ley), no se haya aprobado el balance final de liquidación, así como la ausencia de causa que justifique la dilación. De los tres requisitos expuestos dos son meramente mecánicos en el sentido de que su verificación

no reviste dificultad alguna. Por el contrario, es preciso determinar adecuadamente en qué consiste o en qué puede consistir la causa que justifique la dilación a fin de evitar una aplicación automática de un precepto que, como resulta de su tenor, exige un adecuado análisis de las circunstancias de hecho que sin invadir competencias judiciales permita al Registrador Mercantil emitir una resolución sobre la concurrencia de los requisitos legalmente establecidos.

La formulación del balance final depende de la finalización de las operaciones de liquidación (art. 390 de la Ley), por lo que será el cumplimiento de estas el que debe servir de baremo para tomar la decisión. Resulta evidente que la previsión legal sobre las operaciones de liquidación de una sociedad de capital resultará en un proceso más o menos complejo en función de las operaciones a realizar, circunstancia que a su vez dependerá de los concretos hechos que se pongan de manifiesto en el expediente. En sociedades que al tiempo de la apertura del proceso de liquidación sea preciso llevar a cabo un gran número de acciones encaminadas a la realización del activo y satisfacción del pasivo resultará difícil, sino imposible cumplir con el plazo legalmente establecido de tres años que sólo puede ser entendido como plazo generalmente razonable pero no como plazo preclusivo cualquiera que sea la sociedad a que se aplique. De ahí que la norma permita la transgresión del plazo cuando concurra causa que así lo justifique.

Ahora bien, resulta igualmente razonable entender que no bastará con alegar la complejidad del procedimiento de liquidación para entender que existe causa (justa, dice el artículo 380 de la propia Ley). Es preciso para entender que existe causa de dilación que el liquidador haya atendido razonablemente al cumplimiento de las obligaciones inherentes a su cargo y que así resulte del expediente.

Hay que entender que el liquidador es un cargo elegido por la junta general de la sociedad de capital (art. 160 b), cuya competencia no puede ser preterida sino es por un motivo de una envergadura tal que así lo imponga. Es la junta general la que elige a la persona del liquidador y la que puede removerla de su cargo en cualquier momento (art. 380 de la propia Ley), de acuerdo al régimen de mayorías que sea de aplicación. Las normas protectoras de las minorías deben aplicarse teniendo en cuenta este principio so pena de vaciar de contenido la previsión legal sobre la competencia de la junta general. La protección de la minoría exige la concurrencia de unos hechos de los que resulte con rotundidad la inadecuación del sistema legal previsto para la satisfacción de sus intereses.

En definitiva, no basta el mero transcurso del tiempo previsto en la norma para la sustitución de la persona del liquidador si de las circunstancias que resulten del expediente resulta la complejidad de la situación a liquidar, así como el razonable cumplimiento por el liquidador de las obligaciones derivadas de la Ley. El mero retraso en el cumplimiento de alguna de dichas obligaciones o el incumplimiento parcial no constituyen supuestos que permitan tener por cumplimentado el supuesto de hecho a que se refiere el artículo 389 de la Ley de Sociedades de Capital (*vide* la sentencia 866/1997, de 10 de octu-

bre del Tribunal Supremo, el auto 168/1998, de 27 de marzo de la Audiencia Provincial de La Rioja, la sentencia número 118/2015 de 19 marzo de la Audiencia Provincial de Ourense (Sección 1.ª), o el auto número 203/2017 de 4 diciembre de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 28.ª).

6. En el expediente que da lugar a la presente, no se dan las circunstancias precisas para que proceda la sustitución de la persona del liquidador.

El solicitante alega que el liquidador no ha respondido adecuadamente a sus solicitudes de información. Del artículo 388 de la Ley de Sociedades de Capital resulta efectivamente la obligación del liquidador de tener debidamente informado a socios y acreedores del estado de la liquidación, pero de aquí no resulta un derecho individual de cada socio o de cada acreedor de recibir una información personalizada sobre el estado de la liquidación. El precepto establece una obligación genérica de mantener debidamente informadas a las personas interesadas, pero no una obligación frente a cada socio o acreedor cuyo incumplimiento pueda derivar en la solicitud de sustitución del liquidador sin perjuicio de las acciones que puedan ejercitar en defensa de su derecho.

Alega igualmente el solicitante que el liquidador no ha depositado las cuentas correspondientes a los ejercicios 2013 y 2014, pero resulta que la sociedad celebró las preceptivas juntas generales para su aprobación sin que aquella circunstancia pueda, por si sola, ser definitoria de un estado general de incumplimiento de sus obligaciones.

Los liquidadores por su parte han hecho una extensa relación de actuaciones relacionadas con las operaciones de liquidación con expresión de los motivos que justifican la dilación del proceso, aportando documentación justificativa.

Es el conjunto de hechos que resulten del expediente el que ha de servir como fundamento de una decisión de sustitución de liquidador. Hechos, que como resulta de las consideraciones anteriores no resultan concluyentes pues si bien resulta acreditada la complejidad de la situación liquidatoria de la sociedad y el incumplimiento parcial de las obligaciones, no permiten afirmar la existencia de un incumplimiento generalizado y grave de las obligaciones inherentes al cargo de liquidador que permita tener por cumplimentados los requisitos que para su sustitución exige el ordenamiento jurídico.

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 29 de enero 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, que pone fin a la vía administrativa conforme al artículo 114.1. a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento

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

Madrid, 29 de mayo de 2019 (3.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Barcelona.

Resolución de 30 de mayo de 2019

En el expediente 44/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un interesado de. «Fertri-8, S.L.».

HECHOS

I

Don …… presentó escrito de fecha 31 de enero de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Sevilla, en el que tuvo su entrada el mismo día 31, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5 % del capital social de «Fertri-8, S.L.»., el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

En concreto, manifiesta el interesado que «la participación que ostenta en la mencionada sociedad es de 84 participaciones sociales en régimen de proindiviso con el resto de coherederos del fallecido Don …… participaciones sociales, que representan el 84 % del capital social (16,8 % del total del capital social), adquiridas por Don ……, según acredito con los documentos que se acompañan y declaro continúan siendo de mi propiedad». A tal fin, acompaña el interesado fotocopias de la escritura de compraventa de participaciones sociales, del certificado de defunción de Don …… y del Libro de familia.

II

Según resulta del expediente, por el registro mercantil de Sevilla III y con fecha 13 de febrero de 2019, por medio de correo certificado con acuse de recibo, se oficia al interesado a través de escrito en virtud del cual se le concedía un plazo de diez días desde la recepción del mismo para que aclarara si había sido designado por el resto de coherederos para el ejercicio de los derechos derivados de las participaciones sociales. Con fecha 1 de marzo de 2019 se aporta al Registro Mercantil escrito suscrito por el solicitante don ……, en el que manifiesta que es imposible designar representante legal de los cinco cotitulares de las participaciones, porque no se alcanza ningún acuerdo sobre ese particular. Además, pone de manifiesto que el Administrador societario descuida sus funciones y se desconoce el estado real y contable y económico en que se encuentra la empresa; por este motivo, la falta de

representante legal no puede instrumentalizarse como fundamento para negar el nombramiento de auditor; más al contrario, se entiende necesario el nombramiento de auditor, ya que, entre otras cosas, la actuación llevada a cabo redunda en beneficio del resto de los socios y se realiza en favor del interés social.

III

El Registrador Mercantil de Sevilla III, don Juan Ignacio Madrid Alonso, dictó resolución en fecha 11 de marzo de 2019 por la que acordó desestimar el nombramiento del auditor solicitado, al entender que el solicitante no ostenta suficiente legitimación para ejercer los derechos derivados de la titularidad de las participaciones sociales que componen la copropiedad, resultando, consecuentemente, que el peticionario no reúne el requisito de capital legalmente exigido, por lo que no se encuentra legitimado para solicitar la auditoría de las cuentas anuales del ejercicio 2018 de la indicada sociedad.

IV

Don ……, por escrito de fecha 26 de marzo de 2019, que tuvo entrada el día 28 del mismo y año en el Registro Mercantil de Sevilla, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base, resumidamente, a los siguientes argumentos: 1.º Que queda acreditado que existe una situación de cotitularidad sobre participaciones de discutida naturaleza jurídica pero que, en cuanto más afín a la comunidad germánica o sin designación de cuotas, es radicalmente diferente a la de la comunidad ordinaria o por cuotas de los artículos 392 y siguientes del Código Civil, a la que sí sería de aplicación el régimen previsto en el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital pretendido por el sr. Registrador en la resolución recurrida. 2.º Que el anterior criterio se encuentra consolidado por la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución de 13 de junio de 2013, publicada en el BOE de 12 de julio de 2013, esclarecedora a estos efectos, según entiende el solicitante, y que reproduce en parte.

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, 126, 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 y 1068 del Código Civil, así como las resoluciones judiciales y de esta Dirección General de los Registros y del Notariado citadas en el texto.

1. La única cuestión que se plantea en este expediente hace referencia a si concurre legitimación en el solicitante en el que se dan las siguientes circunstancias:

a) El solicitante manifiesta, sin acreditar en ningún momento, al menos no resulta del expediente, ostentar en la mencionada sociedad 84 participaciones sociales en régimen de proindiviso con el resto de coherederos del fallecido don ……, participaciones sociales que representan el 84 % del capital social (16,8 % del total del capital social).

b) El solicitante pretende acreditar tal condición de coheredero con los documentos que se acompañan, en concreto y exclusivamente, fotocopias de la escritura de compraventa de participaciones sociales del causante don ……, del certificado de defunción de don …… y del Libro de familia.

c) No consta ni resulta del expediente obrante en este Centro Directivo que el solicitante haya aceptado la herencia deferida, ni que la misma se encuentre partida, adida y adquirida.

2. En este sentido conviene comenzar señalando que para el caso de una situación de herencia deferida, aceptada y no partida, que no es el caso de recurso al no estar siquiera acreditada legalmente la condición de heredero ni aceptada la herencia, 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 no se ha acreditado en este expediente, como resulta del punto 1 anterior.

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, cuestión esta que ni siquiera está acreditada en el caso de recurso, 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 resolucio-

nes 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 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).

4. De los hechos expuestos al principio de la presente resulta que las participaciones de que era titular el socio fallecido se integran en la comunidad hereditaria que estará constituida por los coherederos que acrediten legalmente tal condición, circunstancia que el solicitante no tiene acreditada en el expediente.

De conformidad con la doctrina expuesta en los considerandos anteriores procedería por tanto la desestimación del recurso por falta de legitimación del solicitante, no ya por estarse ante el supuesto del artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital y no resultar del expediente la designación de un representante frente a la sociedad, ni concurrir el consentimiento de todos los partícipes o, al menos, de los que constituyan una mayoría de cuotas, sino por no acreditarse siquiera la pertenencia del solicitante a esa comunidad hereditaria del socio fallecido.

Las circunstancias que se dan en el caso que ahora se resuelve no son las mismas que en su día concurrían en otro supuesto planteado en este Centro Directivo que derivó en la resolución de 11 de junio de 2018; supuesto en el que la concreta situación fáctica hacía 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), fuere forzoso reconocer que de actuar de otro modo 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 resuelto con fecha 11 de junio de 2018, existía una situación de hecho que la sociedad no podía ignorar ni ignoraba y en la que, además, existía una situación de igualdad de cuotas que imposibilitaba un acuerdo sobre designación de representante, era evidente que la solución no podía ser sin más la aplicación del precepto citado. Si a lo anterior se añadía que uno de los comuneros ostentaba el cargo de administrador de la sociedad, resultaba evidente que la solución al conflicto no podía dejar en desamparo a quien ostentaba el mismo interés protegible. De forma expresiva lo afirmaba 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 difícil-

mente 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.»; motivo por el cual se estimó el recurso.

Sin embargo, en el caso ahora planteado no se ha acreditado en el expediente siquiera la pertenencia del solicitante a esa comunidad hereditaria del socio fallecido, no ostentando por tanto ni condición de comunero ni coheredero.

5. Finalmente, tampoco es aplicable al caso la resolución de este Centro Directivo alegada por el recurrente como criterio consolidado de esta Dirección General, de fecha 13 de junio de 2013, BOE de 12 de julio de 2013. Así, y según la transcripción parcial de la citada resolución que se hace en el propio escrito de recurso, «La misma doctrina se sienta por este Centro Directivo en materia de comunidad hereditaria, yacente la herencia y hasta la partición, sobre acciones o participaciones. Acreditada la condición de heredero, cualquiera de los llamados puede solicitar la designación de auditor ex artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 febrero de 2004, 30 mayo de 2007 y 25 de septiembre de 2008 por solo citar las más recientes asimismo en materia de designación de auditores. Existe también aquí una comunidad germánica o en mano común, en la que en ningún caso está vedada por Ley la administración o gestión de los mismos por uno de los coherederos llamados en interés del conjunto». Por tanto, queda claro, incluso de la propia resolución alegada por el recurrente en su favor, que este Centro Directivo exige se acredite la condición de heredero para solicitar la designación de auditor ex artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital; «acreditada la condición de heredero» establece la resolución. Condición esta última que no resulta acreditada en el expediente que nos ocupa, lo que determina falta de legitimación exigida por el citado artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital como primer requisito para poder solicitar y, en su caso, llegar a nombrar auditor para la mercantil y ejercicio solicitado.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Sevilla III, don Juan Ignacio Madrid Alonso, de fecha 11 de marzo 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, que pone fin a la vía administrativa conforme al artículo 114.1. a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento

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

Madrid, 30 de mayo de 2019.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de Sevilla.

Resolución de 6 de junio de 2019 (1.ª)

En el expediente 43/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Autobuses de Lujua, S.L.».

HECHOS

I

Don …… presentó escrito de fecha 6 de febrero de 2019 dirigido al Registro Mercantil de Vizcaya, 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 «Autobuses de Lujua, S.L.» el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio por medio de escrito de fecha 25 de febrero de 2019 que tuvo su entrada en el Registro Mercantil el mismo día 25 alegando, en esencia, tener ya auditor voluntario nombrado para el ejercicio solicitado.

III

El Registrador Mercantil de Vizcaya III, don Carlos Alonso Olarra, dictó resolución de fecha 28 de febrero de 2019, por la que resuelve desestimar la oposición y proceder al nombramiento de auditor solicitado, dado que el nombramiento no consta inscrito en el registro mercantil, ni se ha entregado al socio el informe de auditoría.

IV

Don ……, por escrito de fecha 2 de abril de 2019, que tuvo entrada el mismo día 2 en el registro mercantil, interpuso recurso contra dicha resolución, aduciendo, en esencia,

como motivo de recurso, tener ya auditor voluntario nombrado para el ejercicio solicitado, si bien, dicho nombramiento se encuentra pendiente de inscripción.

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 profesio-

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

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 6 de febrero de 2019 y, por otro, que la sociedad acredita que nombró auditor voluntario para el mismo ejercicio con carácter posterior a la solicitud con fecha 26 de febrero de 2019, nombramiento que fue presentado en el registro mercantil con fecha 27 de febrero de 2019, calificado con defectos con fecha 28 de febrero de 2019, y sin que resulte del expediente 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, queda acreditado el nombramiento voluntario de auditor, no así su inscripción en el Registro Mercantil, de modo que, a falta de 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 Vizcaya III, don Carlos Alonso Olarra, dictada con fecha 28 de febrero de 2019, por la que resuelve desestimar la oposición y proceder al nombramiento de auditor solicitado, dado que el nombramiento no consta inscrito en el registro mercantil, ni se ha entregado al socio el 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, 6 de junio de 2019 (1.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de Vizcaya.

Resolución de 6 de junio de 2019 (2.ª)

En el expediente 58/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Tamicar, S.L.».

HECHOS

I

Doña …… presenta escrito de fecha 15 de marzo de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Lanzarote, 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 «Tamicar, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

II

El Registrador Mercantil de Lanzarote, don ……, dictó resolución de fecha 25 de marzo de 2019 por la que acordó no proceder al nombramiento de auditor para la verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2018 solicitado al no constar legitimada la firma de la solicitante y resultar inscrito el nombramiento de auditor voluntario de la mercantil para los ejercicios 2018, 2019 y 2020.

III

Don ……, en nombre y representación de doña ……, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 25 de marzo, alegando que no es la primera vez que la accionista ha solicitado el nombramiento de auditor ante el citado Registro Mercantil y que en la «socia afirma que no se ha producido ningún acuerdo social para el nombramiento de auditor para los referidos ejercicios».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

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

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

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

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

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

Inscrito el nombramiento de auditor voluntario el depósito de las cuentas sólo puede llevarse a cabo si vienen acompañadas del oportuno informe de verificación. Así lo ha sancionado expresamente la modificación del artículo 279 de la Ley de Sociedades de Capital (que entró en vigor el día 1 de enero de 2016; disposiciones finales cuarta y decimocuarta de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas), cuando dice en su inciso final: «Los administradores presentarán también, el informe de gestión, si fuera obligatorio, y el informe del auditor, cuando la sociedad esté obligada a auditoría por una disposición legal o ésta se hubiera acordado a petición de la minoría o de forma voluntaria y se hubiese inscrito el nombramiento de auditor en el Registro Mercantil.».

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

2. En el presente expediente resulta por un lado que el socio minoritario presenta su solicitud en el Registro Mercantil en fecha 18 de marzo de 2019 y, por otro, que el Registrador Mercantil acredita que ha sido nombrado auditor voluntario para el mismo ejercicio con carácter previo al indicar que en la inscripción séptima de la hoja social resulta el nombramiento de auditor voluntario de la sociedad para los ejercicios 2018, 2019 y 2020. (1L-344, Tomo 214, Folio 5).

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 su inscripción en la hoja social de la propia resolución recurrida. 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 inscripción séptima de la hoja social, por la que se procedió a la inscripción del nombramiento de auditor de cuentas para el ejercicio 2018. 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 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 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 Lanzarote, don Javier Regúlez Luzardo, de fecha 25 de marzo de 2019, por la que resuelve desestimar la solicitud del socio minoritario 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, 6 de junio de 2019 (2.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de Lanzarote.

Resolución de 6 de junio de 2019 (3.ª)

En el expediente 47/2018 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Nutrientes Foliares, S.A.».

HECHOS

I

Don R. O. G. presentó un escrito de fecha 20 de enero de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Jaén, en el que tuvo su entrada el día 22 inmediato posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio de «Nutrientes Foliares, S.L.», 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 23 de junio de 2018. Del acta de dicha junta resulta que se celebró en primera convocatoria con la asistencia, presente o representado, del 100 % de los socios que representaban la totalidad del capital social. Resulta igualmente que tras la aprobación por mayoría de las cuentas correspondientes al ejercicio 2017, se aprobó la propuesta de aplicación del resultado obtenido ascendente a 207.102,79 euros de modo que 50.000 euros se destinan al pago de dividendo y el resto a reserva voluntaria. La propuesta se aprueba por la mayoría social con el voto en contra del hoy solicitante y de otra socia. Consta en el acta que el hoy solicitante explica que su voto en contra se debe a su voluntad de que se reparta un tercio del beneficio obtenido.

b) El día 23 de julio de 2018 el solicitante notifica a la sociedad el ejercicio de su derecho de separación al amparo de la previsión del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital al no llegar a un acuerdo con la sociedad sobre el valor de las acciones.

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 no advirtió a la junta antes de la deliberación y votación de que su voluntad era el reparto de un tercio del beneficio. Que el socio no votó a favor de la distribución del beneficio como exige el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital; simplemente votó en contra de la propuesta.

En ningún momento advirtió de su intención de ejercer el derecho de separación. 2.º Que no es cierto que las partes no se hayan puesto de acuerdo sobre el valor de las acciones. Que la sociedad es de tipo familiar integrada por socios que son hermanos entre sí. Que la consulta y toma de decisiones se hace de modo directo. Que ante la sorpresa de la notificación del solicitante la sociedad ha puesto de manifiesto su conformidad a la salida de la sociedad, pero no de este modo; que la sociedad le puso de manifiesto la necesidad de esperar a los trabajos de auditoría acordados en la junta extraordinaria de diciembre de 2017, cuyo resultado ha impuesto la necesidad de hacer ajustes contables, razón por la que la administración ha convocado junta general extraordinaria. Que cómo se puede obser-

var no es que no se haya llegado a un acuerdo, sino que no se dan las condiciones para obtenerlo.

III

La Registradora Mercantil de Jaén, doña María Belén López Espada dictó resolución en fecha 21 de febrero 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 I. T. S, letrado, actuando como representante de la sociedad, por escrito de fecha 2 de abril de 2019, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base, resumidamente a los siguientes argumentos: 1.º Que como se expuso en el escrito de oposición la sociedad considera que el socio no tiene derecho a ejercitar el derecho de separación en los términos previstos en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. Que existiendo dicha discrepancia el Registrador Mercantil carece de competencia para resolver correspondiendo a la jurisdicción ordinaria y concretamente al juzgado de lo mercantil competente por lo que el procedimiento debe suspenderse. Cuando existe oposición la determinación de si existe derecho de separación no puede ser objeto de calificación registral sino del órgano jurisdiccional. Que el único documento valorado ha sido el acta de la junta general por lo que la interpretación de lo ocurrido no puede descansar exclusivamente en dicha circunstancia, correspondiendo al socio instar judicialmente su derecho. Que cita en su apoyo la sentencia del juzgado de lo mercantil núm. 2 de Murcia de 18 de mayo de 2017. 2.º Que la registradora ha limitado su análisis al acta de la junta olvidando hechos coetáneos, anteriores y posteriores de los que resulta el ejercicio extemporáneo del derecho. Que el socio no advirtió a la junta antes de proceder al debate y votación su voluntad de que se destinase a dividendo un tercio del beneficio. Que durante el debate el socio permaneció el silencio. Que el socio no votó a favor del reparto de dividendo como exige el artículo 348 bis al limitarse a votar en contra de la propuesta. Que sólo después de la votación aclara su voluntad de que se reparta un tercio del beneficio, pero nuevamente sin advertir de su intención de ejercer el derecho de separación. Que la mala fe del socio es evidente. Que además hay que destacar la pequeña diferencia que existe entre el dividendo repartido y el que correspondería al tercio de los obtenidos; que de haberse propuesto con anterioridad a la deliberación y votación sin duda se hubiera adoptado. Que en definitiva en modo alguno resulta patente la voluntad del socio de no aceptar un reparto inferior al tercio de los beneficios obtenidos.

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. Celebrada junta general de una sociedad anónima y acordada la propuesta de aplicación del resultado positivo en cuantía inferior al tercio de los obtenidos, un socio ejercita su derecho de separación. La sociedad se opone y la registradora desestima la oposición y resuelve la procedencia de la designación de experto al amparo de los artículos 348 bis y 353 de la Ley de Sociedades de Capital. La sociedad recurre en los términos que se han hecho constar en los hechos.

2. El recurso no puede prosperar pues ninguno de los argumentos contenidos en el escrito puede desvirtuar que de conformidad con los hechos expuestos corresponde al socio el ejercicio de su derecho de separación y la consecuente procedencia de designación de experto por parte de la registradora mercantil.

La sociedad entiende que su mera oposición priva a la registradora de la competencia atribuida legalmente por el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital. A su juicio dicha oposición implica que la competencia corresponde al juez de lo mercantil al que debe acudir el socio en defensa de su derecho.

La sociedad plantea así una cuestión que de estimarse haría innecesario el conocimiento del resto de cuestiones planteadas. Sin embargo, 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, entre otras), 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 intere-

ses 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 Adminis-

trativo dictada por quien tiene la competencia para hacerlo y que, por versar sobre materia mercantil, está sujeta a la revisión de los Tribunales de Justicia, en concreto, a la jurisdicción civil. Del mismo modo el alto Tribunal ha resuelto recientemente (sentencias de la sala de lo Civil, Sección 1.ª, número 454/2013 de 28 junio y 674/2013 de 13 noviembre), que el registrador al actuar en el ámbito de su competencia no invade la función jurisdiccional pues ni conoce de procedimiento judicial alguno, ni interfiere en un procedimiento judicial en marcha ni en modo alguno se arroga actuaciones reservadas al poder judicial.

La misma doctrina es aplicable a un supuesto como el presente en el que el registrador se limita a ejercer la competencia atribuida legalmente (*vide* artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital), por el procedimiento establecido (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 348 bis 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 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…»

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. 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).

Así ocurre en el expediente que da lugar a la presente. La sociedad afirma que se opone tajantemente a la existencia del derecho de separación por parte del socio. 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 separación 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.

Tampoco puede pretender trasladar al socio la carga procesal de acudir a los Tribunales de Justicia cuando ejerce un derecho reconocido legalmente y por medio del procedimiento legalmente previsto. Es la sociedad, quien en todo momento ha tenido abierto el acceso a la jurisdicción, a quien corresponde acudir a la misma si considera que el procedimiento o la base sobre la que el mismo se asienta incurren en vicios o carencias que afecten a su validez o si, con total independencia de las actuaciones administrativas, desea acudir a los Tribunales de Justicia para discutir en ellos la existencia del derecho de separación del socio que lo ejercita.

3. Establecido lo anterior, tampoco procede estimar ninguna de las restantes cuestiones planteadas por la sociedad.

En primer lugar, cuando afirma que la registradora, al resolver, sólo ha tomado en consideración el acta de la junta general en la que se aprobaron las cuentas anuales y se aprobó la propuesta de aplicación del resultado lo que

obliga a llevar a cabo un pronunciamiento sobre el objeto del procedimiento registral de designación de experto.

Establece el artículo 363.1 del Reglamento del Registro Mercantil: «El nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil del domicilio social para la determinación del valor real de las acciones o participaciones en los casos establecidos por la Ley se efectuará a solicitud del interesado, de conformidad con lo previsto en los artículos 351 y siguientes.», refiriéndose los preceptos a que se remite a la solicitud de designación de auditor por parte del registrador mercantil.

El procedimiento registral contemplado en los citados artículos se caracteriza por lo limitado de su ámbito 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 artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y resoluciones de este Centro en sede de designación de auditores de 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010, entre otras).

Por este motivo las alegaciones que vierte la sociedad en su escrito sobre la mala del solicitante son irrelevantes dentro de este procedimiento. 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 de la Ley de Sociedades de Capital, la pertinencia de nombramiento de un experto independiente que determine el valor razonable de las acciones o participaciones sociales

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.

En definitiva, que el reproche que el escrito de recurso hace a la registradora que ha actuado correctamente al resolver a la vista de la documentación que la parte solicitante ha aportado para acreditar la concurrencia de los requisitos exigidos por el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

4. Tampoco puede ser admitido el motivo que hace referencia a que el socio solicitante no realizó advertencia alguna de sus intenciones en relación al ejercicio del derecho de separación.

El artículo 348 bis en su redacción vigente al tiempo de la adopción del acuerdo de aplicación del resultado, no exige al socio que se separa la reserva de su derecho (a diferencia de lo que ocurre con la redacción actual del precepto conforme a la redacción dada por la Ley 11/2018, de 28 de diciembre). 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 requisitos no contemplados en el ordenamiento lo que nos lleva a la siguiente cuestión.

5. El mismo destino desestimatorio merece la afirmación de que no se da el presupuesto del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital en cuanto que el socio solicitante no votó a favor del acuerdo sino en contra.

En primer lugar, porque el orden del día lo elabora el órgano de administración y, tratándose de junta ordinaria, la propuesta de aplicación del resultado lo es a instancia del propio órgano (arts. 253 y 273 de la Ley de Sociedades de Capital). De este modo, de exigirse un voto favorable a la propuesta de reparto de dividendo cuando dicha propuesta no depende del socio sino del órgano de administración se estaría privando a aquél de un derecho cuyo fundamento es, precisamente, la ausencia de propuesta de reparto de dividendo o la propuesta de reparto por debajo del umbral fijado por la Ley.

En segundo lugar, porque no puede sostenerse que el socio dispone de la facultad de exigir un complemento de convocatoria en la que se contemple una propuesta de reparto de dividendo. Este derecho, que sólo se contempla para las sociedades anónimas, exige además que el socio que lo ejercite posea

al menos un 5 % del capital de la sociedad (art. 172 de la Ley de Sociedades de Capital). De aceptarse dicha tesis dejaría fuera del ejercicio de la facultad contemplada en el artículo 348 bis a socios a quienes dicho artículo atribuye el derecho de separación, ya sean socios de sociedades de responsabilidad limitada o de una sociedad anónima por debajo del mínimo establecido. Pero es que aun cuando no sea así, el ejercicio del derecho de separación no depende de un previo ejercicio del derecho de solicitar la ampliación de convocatoria. Nada hay en la Ley de Sociedades de Capital que respalde una afirmación semejante. Estamos ante derechos con requisitos y consecuencias distintas y cuyo ejercicio es completamente independiente.

Finalmente, es preciso interpretar el precepto en la forma más adecuada para que produzca el efecto perseguido. Como afirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.ª), 81/2015 de 26 marzo, para un supuesto en que el socio había votado a favor de una propuesta de reparto de dividendo por debajo del umbral establecido en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital (es decir, el mismo supuesto de hecho que da lugar a la presente): «…entendemos que el derecho de separación exige que el socio asistente a la junta muestre en ella su posición favorable a un reparto de dividendos en cifra superior a una tercera parte de los beneficios, de un lado, y que la junta acuerde una distribución distinta (inferior), de otro. Y esa situación se dio en el presente caso, dado que los actores, por medio de su representante, no se limitaron a votar a favor de la distribución propuesta, sino que hicieron constar en acta que esa propuesta era insuficiente, anunciando el ejercicio del derecho de separación. La demandada considera que los actores debieron instar la modificación del orden del día, para introducir una propuesta de distribución que respetara lo dispuesto en el artículo 348 bis del TRLSC. No compartimos esa alegación, que vedaría, de facto, el ejercicio del derecho de separación a aquellos socios minoritarios con un capital inferior al cinco por ciento, porcentaje exigido por el artículo 172 de la Ley para el complemento de convocatoria. Aquel precepto no exige que el socio promueva la modificación o el complemento del orden del día.»

El ejercicio del derecho contemplado en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital exige que el socio no haya votado a favor de una propuesta que no contemple el reparto, en forma de dividendo, del resultado obtenido en el ejercicio en la proporción mínima que dicho precepto contempla. En definitiva, que resulte patente la voluntad del socio de no aceptar una propuesta de aplicación del resultado que no se destine al reparto de dividendo en, al menos, la cantidad exigida por el precepto.

Así ocurre en el supuesto de hecho que da lugar a la presente en el que es patente la oposición del socio que ahora ejerce su derecho a la aprobación de la propuesta de aplicación de resultado en la cuantía propuesta por el órgano de administración. Entenderlo de otra manera implicaría desfigurar por completo el sentido de un precepto que, si bien es cierto que tiene una dicción poco afortunada, tiene la evidente finalidad de otorgar el derecho de separación al socio

que está en desacuerdo con la propuesta de aplicación de resultado que no contemple la distribución de, al menos, un tercio en forma de dividendo.

Por último, si la diferencia entre el dividendo acordado y el que hubiera debido acordarse para evitar la aplicación del artículo 348 bis es grande o pequeña cae fuera por completo del contenido y objeto de la presente que, como ha quedado expuesto por extenso, limita su alcance a determinar si concurren o no los requisitos del precepto para considerar la procedencia de la designación de experto a que se refiere el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la Registradora Mercantil de Jaén, doña María Belén López Espada de fecha 21 de febrero 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, 6 de junio de 2019 (3.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de Jaén.

Resolución de 6 de junio de 2019 (4.ª)

En el expediente 48/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Garube, S.A.».

HECHOS

I

Doña …… presentó escrito de fecha 11 de marzo de 2019 dirigido al Registro Mercantil de Asturias, en el que tuvo su entrada el mismo 11, en el que solicitó, al amparo del

artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5 % del capital social «Garube, S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

II

La sociedad se opuso a la pretensión de la socia por medio de escrito de fecha 20 de marzo de 2019 que tuvo su entrada en el Registro Mercantil el día 22 del mismo mes alegando, en esencia, tener ya auditor nombrado para el ejercicio solicitado.

III

La Registradora Mercantil de Asturias, doña Concepción Solance del Castillo, dictó resolución de fecha 27 de marzo de 2019, por la que resuelve suspender el procedimiento de designación de auditor solicitado hasta tanto se resuelva la cuestión relativa a la presentación del nombramiento de auditor voluntario en el registro mercantil, que fue presentado con fecha 22 de marzo de 2019 y calificado con defectos con fecha 27 de marzo de 2019.

Posteriormente, con fecha 3 de abril de 2019, la expresada registradora dicta resolución por la que deniega la petición formulada por la socia solicitante doña ……, toda vez que el documento presentado de nombramiento de auditor voluntario para el ejercicio en cuestión ha quedado inscrito, causando la inscripción 9.ª de la hoja social, de fecha 28 de marzo de 2019.

IV

Doña ……, por escrito de fecha 12 de abril de 2019, que tuvo entrada el mismo día 12 en el registro mercantil, interpuso recurso contra dicha resolución, aduciendo como motivo de recurso que el nombramiento del auditor de cuentas es competencia de la junta general y no del administrador social.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 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 *intuitu personae* entre la empresa o entidad y el profesional que recibe el encargo de llevar a efecto la revisión.» Y más adelante continúa: «La designación se verifica no en razón de condiciones o circunstancias que puedan concurrir en un determinado profesional, sino por un mecanismo aleatorio que tiene por base una consideración de equivalencia o igualdad entre los profesionales inscritos en las listas.» Para terminar afirmando que: «Hay que añadir a ello la consolidada opinión emitida reiteradas veces por la Dirección General de Registros y del Notariado…en orden a considerar que el derecho del accionista a solicitar la auditoría prevista en el artículo 265.2 LSA queda enervado por el encargo de una auditoría voluntariamente realizado por los administradores…estimándose indiferente el origen de la designación (Juez, Registrador, Órganos sociales), lo que viene razonándose en el sentido de que dicho auditor ha de conducirse en sus actuaciones bajo estrictos y exclusivos criterios de independencia y de profesionalidad…ya que la finalidad del artículo 265.2 LSA no es que la auditoría se realice a instancia de un determinado socio sino que aque-

lla efectivamente se realice y el socio pueda tener perfecto conocimiento de la contabilidad de la sociedad».

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

Inscrito el nombramiento de auditor voluntario el depósito de las cuentas sólo puede llevarse a cabo si vienen acompañadas del oportuno informe de verificación. Así lo ha sancionado expresamente la modificación del artículo 279 de la Ley de Sociedades de Capital (que entró en vigor el día 1 de enero de 2016; disposiciones finales cuarta y decimocuarta de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas), cuando dice en su inciso final: «Los administradores presentarán también, el informe de gestión, si fuera obligatorio, y el informe del auditor, cuando la sociedad esté obligada a auditoría por una disposición legal o ésta se hubiera acordado a petición de la minoría o de forma voluntaria y se hubiese inscrito el nombramiento de auditor en el Registro Mercantil.»

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

2. En el presente expediente resulta por un lado que la socia presenta su solicitud en el registro mercantil con fecha 11 de marzo de 2019 y, por otro, que la sociedad acredita que nombró auditor voluntario para el mismo ejercicio con carácter previo a la solicitud, nombramiento presentado en el registro mercantil con fecha 22 de marzo de 2019, calificado con defectos con fecha 27 de marzo de 2019 y, posteriormente, quedando inscrito, causando la inscripción 9.ª de la hoja social, de fecha 28 de marzo de 2019. En consecuencia, con fecha 3 de abril de 2019, la expresada registradora dicta resolución por la que deniega la petición formulada por la socia solicitante doña …

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

3. El recurso no puede prosperar ya que ha quedado acreditado tanto el nombramiento anterior, como resulta de la propia resolución registral que forma del expediente, así como su inscripción registral. En este sentido conviene recordar el estrecho contenido del presente expediente que se limita a examinar la concurrencia o no de los requisitos objetivos que determinen la procedencia del nombramiento de auditor a instancia del socio minoritario, sin que puedan dirimirse en el seno del mismo 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 Asturias, doña Concepción Solance del Castillo, de fecha 3 de abril de 2019, por la que resuelve denegar la petición formulada por la socia doña ……, al figurar ya un auditor inscrito para el ejercicio que se solicita, 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, 6 de junio de 2019 (4.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sra. Registradora Mercantil de Asturias.

Resolución de 6 de junio de 2019 (5.ª)

En el expediente 49/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Comem Propiedades, S.L..».

HECHOS

I

Doña …… presentó escrito de fecha 11 de marzo de 2019 dirigido al Registro Mercantil de Asturias, en el que tuyo su entrada el mismo 11, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 dc la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5 % del capital social de «Comem Propiedades, S.L..», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

II

La sociedad se opuso a la pretensión de la socia por medio de escrito de fecha 20 de marzo de 2019 que tuvo su entrada en el Registro Mercantil el día 22 del mismo mes alegando, en esencia, tener ya auditor nombrado para el ejercicio solicitado.

La Registradora Mercantil de Asturias, doña Concepción Solance del Castillo, dictó resolución de fecha 27 de marzo de 2019, por la que resuelve suspender el procedimiento de designación de auditor solicitado hasta tanto se resuelva la cuestión relativa a la presentación del nombramiento de auditor voluntario en el registro mercantil, que fue presentado con fecha 22 de marzo de 2019 y calificado con defectos con fecha 27 de marzo de 2019.

Posteriormente, con fecha 3 de abril de 2019, la expresada registradora dicta resolución por la que deniega la petición formulada por la socia solicitante doña ……, toda vez que el documento presentado de nombramiento de auditor voluntario para el ejercicio en cuestión ha quedado inscrito, causando la inscripción 8» de la hoja social, de fecha 28 de marzo de 2019.

III

Doña ……, por escrito de fecha 12 de abril de 2019, que tuvo entrada el mismo día 12 en el registro mercantil, interpuso recurso contra dicha resolución, aduciendo como motivo de recurso que el nombramiento del auditor de cuentas es competencia de la junta general y no del administrador social.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 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 dc agosto de 1885 por el que se publica el Código dc Comercio, artículo 7 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil y l.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.

Corno 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, registra! 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, reglamentarías y técnicas que regulan la actividad auditora.

Este criterio ha sido sancionado por la doctrina del Tribunal Supremo que en su sentencia de 9 de marzo de 2007, con cita de la doctrina de este Centro Directivo afirma: «La posibilidad de que, en las sociedades no sometidas a verificación obligatoria, la minoría acuda a la designación de un auditor por el Registro Mercantil trata de asegurar el control de las cuentas por un profesional independiente...pero no protege el hecho de que actúe un concreto y determinado profesional, creando una suerte de vinculación *intuitu personae* entre la empresa o entidad y el profesional que recibe el encargo de llevar a efecto la revisión.» Y más adelante continúa: «La designación se verifica no en razón de condiciones o circunstancias que puedan concurrir en un determinado profesional, sino por un mecanismo aleatorio que tiene por base una consideración dc equivalencia o igualdad entre los profesionales inscritos en las listas.» Para terminar afirmando que: «I lay 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 I, SA 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 L. S. A. no es que la auditoría se realice a instancia de un determinado socio, sino que aquella efectivamente se realice y el socio pueda tener perfecto conocimiento de la contabilidad de la sociedad».

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

la entrega al socio del referido informe o bien mediante su incorporación al expediente.

Inscrito el nombramiento de auditor voluntario el depósito de las cuentas sólo puede llevarse a cabo si vienen acompañadas del oportuno informe de verificación. Así lo ha sancionado expresamente la modificación del artículo 279 de la Ley de Sociedades de Capital (que entró en vigor el día 1 de enero de 2016; disposiciones finales cuarta y decimocuarta de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas), cuando dice en su inciso final: «Los administradores presentarán también, el informe de gestión, si fuera obligatorio, y el informe del auditor, cuando la sociedad esté obligada a auditoría por una disposición legal o ésta se hubiera acordado a petición de la minoría o de forma voluntaria y se hubiese inscrito el nombramiento de auditor en el Registro Mercantil.»

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

2. En el presente expediente resulta por un lado que la socia presenta sil solicitud en el registro mercantil con fecha 11 de marzo de 2019 y, por Otro, que la sociedad acredita que nombró auditor voluntario para el mi sino ejercicio con carácter previo a la solicitud, nombramiento presentado en el registro mercantil con fecha 22 de marzo de 2019, calificado con defectos con fecha 27 de marzo de 2019 y, posteriormente, quedando inscrito, causando la inscripción 8' de la hoja social, de fecha 28 de marzo de 2019. En consecuencia, con fecha 3 de abril de 2019, la expresada registradora dicta resolución por la que deniega la petición formulada por la socia solicitante doña …

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

3. El recurso no puede prosperar ya que ha quedado acreditado tanto el nombramiento anterior, como resulta de a propia resolución registral que forma del expediente, así como su inscripción registral. 1. En este sentido conviene recordar el estrecho contenido –1presente 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 ismo 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 Asturias, doña Concepción Solance del Castillo, de fecha 3 de abril de 2019, por la que resuelve denegar la petición formulada por la socia doña ……, al figurar ya un auditor inscrito para el ejercicio que se solicita, 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, 6 de junio de 2019 (5.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sra. Registradora Mercantil de Asturias.

Resolución de 6 de junio de 2019 (6.ª)

En el expediente 50/2019 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Jesaport, S.L.».

HECHOS

I

Don E. F. P. A., como administrador de la sociedad «Santiago y Eduardo Posse, S.L.», presentó un escrito de fecha 11 de febrero de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Santiago de Compostela, en el que solicitó, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio su representada de «Jesaport, S.L.», el nombramiento de un experto para que proceda a la determinación del valor razonable de las participaciones como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación.

Fundamenta su solicitud en los siguientes extremos de acuerdo a la documentación que se acompaña al amparo de la previsión del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

a) Que la sociedad celebró junta general el día 5 de julio de 2018 en la que se acordó, como segundo punto del orden del día, la distribución de la integridad del beneficio obtenido al pago de dividendo.

Acompaña copia de las cuentas anuales de la sociedad, debidamente auditadas, de cuya cuenta de pérdidas y ganancias resulta un resultado positivo de 1.532,90 euros. De su memoria resulta que la sociedad es la empresa dominante de un grupo de empresas sin que

esté obligada a presentar cuentas anuales consolidadas por haberse acogido a la dispensa en función de su tamaño.

Acompaña copia de las cuentas de la sociedad «ST 97 Transporte y Logística S. L». de cuya cuenta de pérdidas y ganancias resulta un resultado positivo de 80.551,59 euros y de cuya memoria resulta que su socio único es la sociedad «Jesaport, S.L.»

De acta notarial autorizada por el notario de Santiago de Compostela don Héctor Ramiro Pardo García el día 5 de julio de 2018 y de su diligencia del mismo día resulta: Que la junta general se celebra en dicha fecha con la asistencia de los tres socios que representan la totalidad del capital social. Tras acordar la mayoría la aprobación de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio cerrado el día 31 de diciembre de 2017, la junta decide por mayoría y con el voto en contra de la hoy solicitante destinar a dividendo la integridad del beneficio obtenido que asciende a 1.532,90 euros. La representante en la junta de la hoy solicitante aclara que deseaba votar a favor del reparto de un tercio del beneficio consolidado de la sociedad. Que «Jesaport, S.L.» es una sociedad holding cuya fuente de ingresos es esencialmente el reparto de dividendo de sus filiales; que dos de ellas han repartido dividendos muy superiores (que especifica), por lo que la cantidad destinada a beneficio no respeta el límite del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital y por ello ejercita su derecho de separación. El representante de la sociedad niega la existencia de derecho de separación.

De las cuentas anuales aprobadas, que constan protocolizadas a continuación del acta, resulta que de la cuenta de resultados aparece un beneficio de 1.532,90 euros. De la memoria que se integra en las cuentas anuales resulta que la sociedad es dominante de un grupo de empresas sin que esté obligada a presentar cuentas anuales consolidadas por acogerse a la dispensa de hacerlo en función de su tamaño.

b) Que por medio de burofax de fecha 10 de julio de 2018 se notificó a la sociedad el ejercicio del derecho de separación que la sociedad rechazo por medio de otro burofax de 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: 1.º Que tal y como se explicó en el burofax de contestación a que hace referencia el epígrafe anterior, en la junta general de 5 de julio de 2018 la sociedad aprobó el reparto de la totalidad del beneficio obtenido en forma de dividendo lo que excluye la aplicación del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. Que el solicitante pretende el reparto de la totalidad del beneficio obtenido por las empresas del grupo (que identifica), cuando el precepto vigente a la fecha de la aprobación de las cuentas no contemplaba la posibilidad de ejercicio del derecho de separación en el marco de un grupo de sociedades sino exclusivamente en el ámbito de una sociedad individualmente considerada. Que como resulta del artículo 253 de la Ley de Sociedades de Capital la aplicación del resultado se predica de las cuentas anuales individuales y no de las consolidadas por lo que no se puede dar el supuesto del artículo 348 bis al no existir propuesta de aplicación respecto de estas.

III

El Registrador Mercantil interino de Santiago de Compostela, don Gil Vicente Matoses Astruells dictó resolución en fecha 7 de marzo 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. Fundamenta su resolución en que si bien la redacción del artículo 348 bis introducida por la Ley 11/2018, no estaba en vigor al tiempo del acuerdo social, estaba jurisprudencialmente reconocido por la sentencia de 26 de marzo de 2015 de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 15.ª), y por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de noviembre de 2017.

IV

Don S.L. R, como persona física designada para el ejercicio de las facultades del administrador, por escrito de fecha 8 de abril de 2019, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Santiago de Compostela, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes, resumidamente, argumentos: 1.º Que como resulta del acta notarial de la junta celebrada el día 5 de julio de 2018 el solicitante votó en contra del acuerdo de reparto de dividendo por lo que no se cumple el requisito exigido por el artículo 348 bis con cita de sentencias. 2.º Que la sociedad no tenía obligación de presentar cuentas consolidadas a la fecha de celebración de la junta lo que ha llevado al equívoco al Registrador Mercantil pues la solicitante acompañó a su solicitud las cuentas del grupo consolidado haciéndole creer que lo que se aprobaba en la junta del 5 de julio de 2018 eran dichas cuentas. Que se reitera que la sociedad y las de su grupo no tenían obligación de formular cuentas consolidadas de conformidad con el artículo 8 del Real Decreto 1159/2010. No siendo las cuentas aprobadas las consolidadas no procede en ningún caso la designación del experto. Que aún en el supuesto de que estuviese en vigor la redacción actual del artículo 348 bis las cuentas consolidadas no fueron objeto de aprobación por lo que se reitera la improcedencia de la designación de experto. 3.º Que la redacción vigente del artículo 348 bis al tiempo de la aprobación del acuerdo sólo contemplaba el ejercicio del derecho de separación en el ámbito de una sociedad individualmente considerada y no en el ámbito de grupo. Que de los artículos 253.1 y 273.1 de la Ley de Sociedades de Capital resulta que la aprobación de la propuesta de aplicación del resultado viene referida a la sociedad individualmente considerada. Que en las cuentas consolidadas no existe propuesta de aplicación de resultado por lo que no pueden concurrir los requisitos del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. 4.º Que en cualquier caso los resultados obtenidos por las sociedades participadas durante el ejercicio 2017 no se podrían considerar beneficio de explotación de la sociedad hasta el ejercicio 2018 pues sería cuando los percibiría o no como dividendo. Que además no es cierto que el objeto único de la sociedad sea el de holding pues tiene otros ingresos por su actividad de arrendamiento de bienes inmuebles. Que además dos de las tres sociedades participadas han tenido resultados financieros negativos en el ejercicio 2016 por lo que difícilmente podrá la sociedad haber recibido dividendo de dichas sociedades en el ejercicio 2017. 5.º Que la sociedad solicitante pretende ejercer el derecho de separación en base a una situación de hecho que no se corresponde con la realidad al crear la apariencia de que las cuentas aprobadas han sido las consolidadas del grupo. Que las resoluciones citadas no se corresponden con la situación de hecho. Que del informe de auditoría que acompaña a las cuentas de la sociedad resulta que las sociedades participadas tuvieron pérdidas en el ejercicio 2016 por lo que no sólo no repartieron beneficio dos de ellas, sino que fue necesario aportarles capital para evitar incurrir en causa de disolución. Que en cualquier caso las sociedades que integran el grupo no han obtenido un resultado positivo en el ejercicio 2017 pues su resultado no llegaría a cubrir la aportación realizada por la sociedad en dos de las participadas. 6.º Que la redacción actual del artículo 348 bis no es aplicable al supuesto de hecho. Que ni de la redacción

actual ni de la anterior permitían el ejercicio por el socio de su derecho de separación siendo la conducta del socio abusiva.

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. Celebrada junta general de una sociedad de responsabilidad limitada el día 5 de julio de 2018, se adopta el acuerdo de destinar la totalidad del beneficio obtenido al reparto de dividendo. La sociedad solicitante vota en contra del acuerdo haciendo constar su voluntad de que se repartiese el beneficio consolidado del grupo cuya sociedad matriz es la que ha adoptado el acuerdo de aplicación del resultado. La solicitante notifica el ejercicio del derecho de separación y la sociedad se opone. El Registrador Mercantil estima la solicitud y resuelve la procedencia de designación de experto independiente. La sociedad recurre en los términos que resultan de los hechos expuestos.

En definitiva y para centrar la cuestión, debe resolverse si adoptado un acuerdo de distribución de beneficio en julio de 2018 referido a las cuentas correspondientes al ejercicio 2017, procede o no derecho de separación por aplicación de las normas sobre grupo societario; o lo es lo mismo, si procede o no «subir» los beneficios de las sociedades filiales o la sociedad matriz a los efectos de determinar la existencia de beneficio consolidado, la existencia de beneficio distribuible y la consecuente existencia de derecho de separación, en su caso por falta de distribución de dividendo a los socios de la sociedad matriz.

2. El recurso debe ser objeto de estimación pues la cuestión planteada debe resolverse a la luz de la legislación vigente al tiempo de adoptarse el acuerdo de aplicación del resultado.

Como ha reiterado esta Dirección General (*vide* vistos), la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de Reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007 (LCEur 2007\1230), sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas, introdujo un nuevo supuesto de derecho de separación al incorporar el artículo 348 bis al texto de la Ley de Sociedades de Capital.

El precepto entró en vigor el 2 de octubre de 2011 (a los dos meses de la publicación en el Boletín Oficial del Estado de la Ley 25/2011, de 1 de agosto), y se mantuvo vigente hasta el 23 de junio de 2012. A partir del 24 de junio de 2104 su vigencia fue suspendida, primero hasta el 31 de diciembre de 2014 (por la Ley núm. 1/2012, de 22 de junio), y después hasta el 31 de diciembre de 2016 (por la Ley núm. 9/2015, de 25 de mayo).

Dicho precepto, que ciertamente ha sufrido un iter legislativo peculiar, se encuentra plenamente vigente desde el día 1 de enero de 2017 y desde entonces despliega su eficacia con independencia del ejercicio a que se refiera, pues la norma carece de cualquier limitación al respecto. Como reconoce la sentencia 84/2014 de 21 marzo de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 4.ª): «Y efectivamente, en el orden del día de la convocatoria de fecha 8 de agosto de 2011 para la Junta General Ordinaria de Accionistas se hace constar "Examen y aprobación, en su caso, de la propuesta de aplicación del resultado del ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2010". Dicha Junta de la mercantil demandada se celebra el 15 de octubre de 2011, cuando ya estaba en vigor el art. 348 bis, votando los socios demandantes en contra de no repartir dividendos, al menos un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social, aprobándose por la mayoría del capital social la propuesta de aplicar el resultado del ejercicio cerrado de 2010 a reservas. Este es el momento de la decisión de la voluntad social, el acuerdo adoptado en Junta General de Accionistas. Y como vimos se ejercita el derecho de separación por los socios demandantes dentro del mes siguiente, que es el plazo de su ejercicio, estando también en dicho momento en vigor dicho precepto, admitir lo contrario iría en contra del principio de seguridad jurídica en el tráfico jurídico, por otra parte es conocida, por reiterada, la jurisprudencia a la hora de interpretar de forma restrictiva las normas de derecho transitorio, sin extender los términos legales a situaciones no contempladas.»

La sentencia transcrita (en plena sintonía con el contenido de la sentencia del Tribunal Supremo 32/2006 de 23 enero), reconoce que es el momento del acuerdo de la junta cuando debe estar en vigor el precepto al ser cuando nace el derecho de separación por concurrencia de los requisitos legales, y con independencia de si lo estaba al cierre del ejercicio cuya aplicación del resultado se ha votado. Así lo ha entendido expresamente esta Dirección General en aplicación de la doctrina de nuestro Tribunal Supremo (*vide* Resoluciones de 22 de diciembre de 2017, 14 y 28 de noviembre de 2018 y de 9 de enero de 2019).

Así ocurre en el supuesto que da lugar a la presente en el que el acuerdo de aprobación de propuesta de aplicación de resultado es de fecha 5 de julio de 2018 estando plenamente en vigor la redacción del artículo 348 bis dada por la Ley 25/2011, de 1 de agosto, lo que nos lleva a la siguiente cuestión.

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 la siguiente redacción: «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. 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. Lo dispuesto en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio del ejercicio de las acciones de impugnación de acuerdos sociales y de responsabilidad que pudieran corresponder. 2. Para la supresión o modificación de la causa de separación a que se refiere el apartado anterior, será necesario el consentimiento de todos los socios, salvo que se reconozca el derecho a separarse de la sociedad al socio que no hubiera votado a favor de tal acuerdo. 3. 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. 4. Cuando la sociedad estuviere obligada a formular cuentas consolidadas, deberá reconocerse el mismo derecho de separación al socio de la dominante, aunque no se diere el requisito establecido en el párrafo primero de este artículo, si la junta general de la citada sociedad no acordara la distribución como dividendo de al menos el veinticinco por ciento de los resultados positivos consolidados atribuidos a la sociedad dominante del ejercicio anterior, siempre que sean legalmente distribuibles y, además, se hubieran obtenido resultados positivos consolidados atribuidos a la sociedad dominante durante los tres ejercicios anteriores. 5. Lo dispuesto en este artículo no será de aplicación en los siguientes supuestos: a) Cuando se trate de sociedades cotizadas o sociedades cuyas acciones estén admitidas a negociación en un sistema multilateral de negociación. b) Cuando la sociedad se encuentre en concurso. c) Cuando, al amparo de la legislación concursal, la sociedad haya puesto en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso la iniciación de negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinan-

ciación o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, o cuando se haya comunicado a dicho juzgado la apertura de negociaciones para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos. d) Cuando la sociedad haya alcanzado un acuerdo de refinanciación que satisfaga las condiciones de irrescindibilidad fijadas en la legislación concursal. e) Cuando se trate de Sociedades Anónimas Deportivas.»

Como resulta de su apartado 4, el nuevo precepto añade un nuevo supuesto de derecho de separación para aquellas sociedades que constituyen matriz de grupo en los términos establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, lo que plantea la cuestión de su aplicación temporal.

La disposición transitoria de la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, dice así en su apartado primero: «Las modificaciones introducidas por esta Ley, mediante los artículos primero, segundo y tercero, serán de aplicación para los ejercicios económicos que se inicien a partir del 1 de enero de 2018. Por excepción, las modificaciones introducidas por esta Ley mediante el artículo segundo apartado seis en el artículo 348 bis del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, serán de aplicación a las juntas generales que se celebren a partir del mismo día de su entrada en vigor.»

Por su parte la disposición final séptima de la Ley 11/2018 establece que: «Esta Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado"», circunstancia que se produjo el día 30 de diciembre de 2018.

En consecuencia, es de aplicación la nueva redacción del artículo 348 bis a los acuerdos de aprobación de cuentas consolidadas adoptados a partir del día 31 de diciembre de 2018. Dicha previsión es absolutamente inaplicable al supuesto de hecho como resulta de las consideraciones anteriores y de los hechos expuestos.

3. Establecida la imposibilidad de aplicar a un acuerdo adoptado el día 5 de julio de 2018 la previsión establecida para los acuerdos adoptados a partir del día 31 de diciembre del mismo año resulta innecesario que la presente Resolución entre en el análisis de las numerosas cuestiones que plantea la nueva redacción del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, algunas de las cuales han sido planteadas por los escritos de las partes.

Así, sin ánimo exhaustivo, cuestiones como la aplicabilidad del precepto cuando no existen cuentas consolidadas pese a la existencia de grupo (art. 43 del Código de Comercio), o cuando no existe acuerdo de aprobación de las cuentas consolidadas, los requisitos de legitimación para el ejercicio del derecho, la acreditación del beneficio consolidado en el expediente, etc… Cuestiones todas ellas de gran interés sin duda pero respecto de las que no procede ahora una fijación de postura por esta Dirección General al no resultar de aplicación al supuesto de hecho.

4. Procede en consecuencia la revocación de la resolución del Registrador Mercantil interino por cuanto acordada la distribución integral del benefi-

cio en forma de dividendo resulta patente que no se produce el supuesto de hecho establecido en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital en su redacción vigente al tiempo de la adopción del acuerdo de aplicación del resultado correspondiente al ejercicio 2017.

Es preciso aclarar, por último, que no se puede confundir la doctrina derivada de la sentencia de 26 de marzo de 2015 de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 15.ª), y de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de noviembre de 2017 y otras dictadas en sentido similar (*vide* Resoluciones de 16 de noviembre, 11 de diciembre de 2017 y de 22 enero, 7 y 22 de febrero, 26 de marzo y 6 de junio de 2018), con la cuestión ahora planteada.

El problema que entonces se planteaba hacía referencia a si contabilizados como ingresos financieros de una sociedad los dividendos obtenidos de sus sociedades filiales debían ser tenidos en cuenta a los efectos de determinar «…los beneficios propios de la explotación del objeto social…», o si, por el contrario, correspondía la exclusión de la partida contabilizada. Es decir, se planteaba si dichos ingresos financieros constituían o no ingresos propios de la explotación y si debían o no ser tenidos en cuenta a la hora de determinar la base sobre la que aplicar el tercio a que se refería la redacción entonces vigente del artículo 348 bis.

La cuestión que se plantea en el supuesto del artículo 348 bis, apartado cuarto, en su redacción de la Ley 11/2018, es la opuesta pues no existiendo contabilizados ingresos por dividendos de las sociedades filiales la norma obliga a determinar si a pesar de ello se pueden «subir» a la sociedad matriz en términos de beneficios consolidados los producidos y no repartidos en aquellas.

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar la resolución del Registrador Mercantil interino de Santiago de Compostela, don Gil Vicente Matoses Astruells de fecha 7 de marzo 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, 6 de junio de 2019 (6.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de Santiago de Compostela.

Resolución de 6 de junio de 2019 (7.ª)

En el expediente 51/2019 sobre sustitución de liquidador a instancia de un socio de «Tal Actuación A70 S.L., en liquidación».

HECHOS

I

Don T. P. V., presentó un escrito de fecha 28 de enero de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que solicitó, al amparo del artículo 389 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio de «Tal Actuación A70 S.L., en liquidación», la sustitución del liquidador en su día designado, don C. F. G., como consecuencia de la excesiva duración de la liquidación.

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

a) Que es socio de la sociedad «Tal Actuación A70 S.L., en liquidación».

b) Que la sociedad «Tal Actuación A70 S.L.», adoptó el acuerdo de disolución el día 17 de diciembre de 2015 habiendo transcurrido más de tres años desde dicha fecha sin que el liquidador haya sometido a la aprobación de la junta general de la sociedad el balance final de liquidación y sin que exista causa que lo justifique. Que la pasividad absoluta del liquidador está provocando la dilación excesiva del proceso en su perjuicio.

c) Que los dos requisitos exigidos por el artículo 389 de la Ley de Sociedades de Capital se cumplen en el supuesto de hecho con cita de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de abril de 2016.

d) Que con motivo del debate de las cuentas del ejercicio 2017 el liquidador comunicó que el balance de la sociedad está integrado básicamente por un crédito frente a la mercantil «Construcciones Pallá Hermanos, S.A.. que consta incluido en la lista de acreedores del concurso de esta sociedad como subordinado en la sentencia de aprobación de convenio de 8 de diciembre de 2015. Que la sociedad deudora ha solicitado la liquidación por no poder hacer frente a las obligaciones derivadas del convenio por lo que hay que esperar a la liquidación sin que existan esperanzadas fundadas de cobro.

e) Que a pesar de lo anterior el crédito no aparece en el balance de la sociedad del ejercicio 2017. Que le consta que el Registro Mercantil de Madrid ha aceptado la sustitución del mismo liquidador en otra sociedad del mismo grupo.

II

Previo traslado de la solicitud por parte del Registro Mercantil, la sociedad por medio de su liquidador se opuso a la pretensión del socio alegando: Que aceptó el cargo de liquidador que se aprobó en la junta general de la sociedad el día 17 de diciembre de 2015, en fecha 13 de enero de 2016. Que conformado el balance a que se refiere el artículo 383 de la Ley de Sociedades de Capital los únicos activos de la sociedad son un crédito frente a la sociedad del mismo grupo denominada «Construcciones Pallá, S.A. y el 99 % de las participaciones de esta entidad «Construcciones Pallá Hermanos, S.L.». Que esta última se encontraba sujeta a un concurso de acreedores declarado en 2014 y en el que se incluyó el crédito a que se ha hecho referencia. Que por sentencia firme de 18 de diciembre de 2015 se aprobó el convenio si bien, ante la imposibilidad de su cumplimiento, se solicitó la liquidación lo que fue acordado por Auto de 20 de diciembre de 2018. Que siendo esta la situación de hecho, el liquidador ha estado sujeto al procedimiento concursal por lo que la dilación del proceso de liquidación es totalmente ajena a la actuación del liquidador. Que el mero paso del tiempo no es causa justificativa para que proceda la sustitución pues es preciso que no exista causa que lo justifique lo que en este supuesto resulta evidente. Junto a otra documentación que se dirá, acompaña el auto 452 de fecha 28 de diciembre de 2018 del Juzgado de lo Mercantil núm. 10 de Madrid. Del citado Auto resulta la solicitud por parte del deudor de la apertura de la fase de liquidación por imposibilidad de cumplimiento del convenio lo que acuerda la juez por medio de la citada resolución.

III

El Registrador Mercantil de Madrid núm. 11, don Francisco Javier Llorente Vara dictó resolución en fecha de 28 de febrero de 2019 por la que acordó estimar la solicitud del socio declarando la procedencia de la sustitución de la persona del liquidador por entender que el liquidador no ha aportado documentación que acredite lo actuado desde su designación.

IV

Don C. F. G, actuando como liquidador de la sociedad «Tal Actuación A70 S.L., en liquidación», por escrito de fecha 9 de abril de 2019, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Madrid, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a, resumidamente, los siguientes argumentos: Que habiendo sido notificado en fecha 11 de marzo de la resolución del Registrador Mercantil considera la misma contraria a derecho y al principio de tutela judicial efectiva en su modalidad de precisar una resolución fundada y congruente. Que la resolución del registrador no da respuesta a ninguna de las alegaciones llevadas a cabo en el escrito de oposición y por las que se justificaba la imposibilidad de presentar el balance final de liquidación en el periodo de tiempo de tres años a que se refiere el artículo 389 de la Ley de Sociedades de Capital. Que como se afirmó el único activo a liquidar lo constituía un crédito contra una sociedad en concurso lo que evitaba cerrar la liquidación mientras no se tuviera una respuesta del concurso. Que en el escrito de alegaciones se aportó el balance del artículo 383 de la Ley de Sociedades de Capital del que resulta la existencia del crédito contra la sociedad en concurso. Se aportó igualmente escrito del que resulta el reconocimiento del crédito subordinado y el auto del Juzgado de lo Mercantil de Madrid núm. 10 por el que se apertura la liquidación de la sociedad deudora. Durante las juntas generales de aprobación de cuen-

tas de los ejercicios 2017 y 2018 se ha informado a los socios de esta situación como resulta de la documentación que se acompaña. Que nada de lo anterior mereció respuesta del registrador que limitó su resolución a la manifestación de que no existía documentación de prueba.

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 371, 375, 376, 378, 380, 381, 383, 384, 385, 387, 388, 389 y 390 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital; 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil; la sentencia 866/1997, de 10 de octubre del Tribunal Supremo; sentencia número 118/2015 de 19 marzo de la Audiencia Provincial de Ourense (Sección 1.ª); auto 168/1998, de 27 de marzo de la Audiencia Provincial de La Rioja; auto número 203/2017 de 4 diciembre de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.ª); y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado en sede de recursos gubernativos de 13 de febrero de 1986, 30 de marzo de 1993, 26 de enero de 1994, 29 de octubre y 20 de noviembre de 1998, 12 de febrero y 27 de noviembre de 1999, 22 de mayo y 23 de julio de 2001, 3 de marzo de 2012, 5 de marzo y 16 de octubre de 2015, 3 de marzo y 13 de abril de 2016 y 27 de marzo de 2019

1. Constituye el objeto de este expediente, tramitado al amparo de la previsión del artículo 389 de la Ley de Sociedades de Capital, la solicitud llevada a cabo por un socio de una sociedad limitada en liquidación de que se lleve a cabo por parte del Registrador Mercantil la sustitución del liquidador en su día designado, como consecuencia de la duración excesiva de la liquidación.

2. La sociedad a que este expediente se refiere está en situación de liquidación, situación que como afirmara la Resolución de este Centro Directivo de 29 de octubre de 1998, tiene como objetivo «la determinación de la existencia o inexistencia de un remanente de bienes repartible entre los socios para, previa satisfacción de los acreedores sociales en su caso, proceder a su reparto y a la cancelación de los asientos regístrales de la sociedad, lo que hace imprescindible la formulación de un balance final que refleje fielmente el estado patrimonial de la sociedad una vez realizadas las operaciones liquidatorias que aquella determinación comporta».

Con más precisión, la Resolución de 22 de mayo de 2001 afirma que «la liquidación no es, sino un procedimiento independiente, aunque derivado de la disolución, integrado por una serie de operaciones conducentes a extinguir las relaciones jurídicas de la sociedad, tanto con terceros como con sus propios socios para culminar con la extinción definitiva de aquélla. Durante ese período la sociedad sobrevive, conservando su personalidad jurídica, pero

sujeta a un status especial, por cuanto con la disolución se pone fin a su vida empresarial activa (cfr. art. 267.1 Ley de Sociedades Anónimas) para pasar a realizar las actuaciones tendentes tan sólo a lograr aquellos fines tal como resulta de la enumeración de facultades de los liquidadores contenidas en el artículo 272 de la Ley (*vide* hoy, sección 3.ª del capítulo II, del Título décimo de la Ley de Sociedades de Capital)».

La figura central a la que la Ley llama en este período a desarrollar la actividad social y llevar a cabo el especial destino de las sociedades, es la figura del liquidador. Como afirma la Resolución de 3 de marzo de 2012: «…la vigente Ley de Sociedades de Capital, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2010 de 2 de julio, regula de forma detallada todo el proceso de liquidación de sociedades mercantiles estableciendo con detalle todas las operaciones que deben realizar los liquidadores nombrados hasta llegar a la total extinción de la sociedad y consiguiente cancelación de asientos registrales, previo pago a los acreedores y adjudicación del haber social. Uno de los puntos esenciales de ese proceso liquidatorio es la aprobación por la junta general del balance final de liquidación, o cuenta de cierre, del informe sobre las operaciones de liquidación y del proyecto de división entre los socios del activo resultante (cfr. art. 390.1 de la Ley de Sociedades de Capital). Dada la importancia y trascendencia de las operaciones liquidatorias que desembocan en el balance final de liquidación sometido a la aprobación de la junta general, que es la base sobre la cual, en su caso, se efectúa el reparto del haber social, y que debe ser resumen de todas las operaciones de liquidación patrimonial, el artículo 390.2 de la Ley de Sociedades de Capital concede a los socios que no hayan votado a favor del acuerdo, entre los que se incluyen lógicamente los no asistentes a la junta general, el derecho de impugnar el acuerdo de la junta general de aprobación del balance final en el plazo de dos meses a contar desde la adopción del acuerdo».

Para llevar a cabo esta tarea la Ley de Sociedades de Capital impone al liquidador designado un conjunto de facultades y deberes conducentes todos ellos al más exacto cumplimiento de las previsiones legales: obligación de velar por el patrimonio social (art. 375), de ejercer el poder de representación de la sociedad (art. 379), de formular un balance inicial (art. 383), de concluir las obligaciones pendientes y realizar las nuevas que sean necesarias (art. 384), de realizar el cobro de créditos así como el pago de deudas (art. 385), de llevar la contabilidad y de cumplir las obligaciones relativas a los libros sociales (art. 386), de enajenar los bienes sociales (art. 387), de informar debida y periódicamente a los socios (art. 388), de formular el balance final, el informe sobre las operaciones de liquidación y el proyecto de división del haber social (art. 390), de satisfacer la cuota de liquidación a cada socio (arts. 391 y 394), de satisfacerla en metálico (art. 393) y, en fin, de otorgar la escritura de extinción de la sociedad (art. 395), sin perjuicio de persistir sus obligaciones si resulta la existencia de activo o pasivo sobrevenido (arts. 398 y 399), o las derivadas de formalización de actos jurídicos (art. 400).

Como afirma la citada Resolución de 22 de mayo de 2001, el régimen establecido legalmente presenta «un marcado carácter imperativo», derivado de la especial situación en que se encuentra la sociedad, de la finalidad que ha de presidir la realización de las operaciones liquidatorias y de la protección contemplada a los derechos de los socios y terceros. Así, los liquidadores no pueden llevar a cabo el reparto del haber social sin previamente satisfacer a los acreedores (art. 391.2 de la Ley de Sociedades de Capital y Resolución citada), ni pueden llevarlo a cabo en forma distinta a la establecida en los estatutos sociales o en la determinada por acuerdo social (art. 391.1), ni pueden satisfacer la cuota de liquidación en otra cosa que no sea dinero, salvo disposición contraria de los estatutos (art. 393), ni pueden pagarla hasta que haya devenido definitiva (art. 394 y Resolución de 13 de febrero de 1986).

3. La previsión legal es que el conjunto de operaciones que comprende la liquidación de una sociedad de capital se lleve a cabo por el liquidador sin sujeción a plazo y salvo disposición contraria de los estatutos (art. 378 de la Ley de Sociedades de Capital), previsión que obedece no sólo a la eventual complejidad de las operaciones de liquidación sino a la posibilidad de aparición de activos o pasivos sobrevenidos, tal y como se ha expuesto con anterioridad.

La previsión legal empero ha tenido en nuestro ordenamiento el contrapeso de la posibilidad de destitución del liquidador. Dejando de lado otros supuestos (separación por la junta general y separación a solicitud de accionistas, artículo 380.1 de la Ley de Sociedades de Capital), nuestro derecho siempre ha procurado la salvaguarda de los derechos de socios y de otros interesados en los supuestos en los que se ha producido un incumplimiento por parte del liquidador de sus obligaciones legales.

Dispone así el artículo 230 del Código de Comercio: «Bajo pena de destitución, deberán los liquidadores: 1.º Formar y comunicar a los socios, dentro del término de veinte días, el inventario del haber social, con el balance de las cuentas de la sociedad en liquidación, según los libros de su contabilidad. 2.º Comunicar igualmente a los socios todos los meses el estado de la liquidación.» La norma se aplicó al régimen de las sociedades de responsabilidad limitada como consecuencia de lo establecido por el artículo 32 de la Ley de 17 de julio de 1953: «Para la liquidación de las Sociedades de Responsabilidad Limitada se estará a lo dispuesto en la escritura de constitución y en el Código de Comercio.»

La previsión pasó al régimen de las sociedades anónimas en la forma establecida en el artículo 161.3 de la Ley de 17 de julio 1951, Ley sobre régimen jurídico de las sociedades anónimas que estableció: «Termina la función de los liquidadores...3. Por decisión judicial, mediante justa causa, a petición de un grupo de accionistas que representen la vigésima parte del capital social.» La norma se incorporó al artículo 280 c) del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.

Por su parte la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitadas estableció un régimen distinto en el apartado segundo de su artículo 111, en los términos siguientes: «Transcurridos tres años desde la apertura de la liquidación sin que se haya sometido a la aprobación de la Junta General el balance final de liquidación, cualquier socio o persona con interés legítimo podrá solicitar del Juez de Primera Instancia del domicilio social la separación de los liquidadores. El Juez, previa audiencia de los liquidadores, acordará la separación si no existiere causa que justifique la dilación y nombrará liquidadores a la persona o personas que tenga por conveniente, fijando su régimen de actuación. Contra la resolución por la que se acuerde la separación y el nombramiento de liquidadores, no cabrá recurso alguno.»

Esta es la redacción que pasó al 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 que hoy, tras la reforma operada por la disposición final 14.5 de Ley núm. 15/2015, de 2 de julio, dice así: «1. Transcurridos tres años desde la apertura de la liquidación sin que se haya sometido a la aprobación de la junta general el balance final de liquidación, cualquier socio o persona con interés legítimo podrá solicitar del Secretario judicial o Registrador Mercantil del domicilio social la separación de los liquidadores. 2. El Secretario judicial o Registrador mercantil, previa audiencia de los liquidadores, acordará la separación si no existiere causa que justifique la dilación y nombrará liquidadores a la persona o personas que tenga por conveniente, fijando su régimen de actuación. 3. La resolución que se dicte sobre la revocación del auditor será recurrible ante el Juez de lo Mercantil.»

4. Como pusiera de relieve la Resolución de 7 de marzo de 2016 (en sede de Resoluciones sobre solicitud de convocatoria de junta general de sociedades de capital), la atribución competencial a los registradores mercantiles llevada a cabo por la reforma que de la Ley de Sociedades de Capital ha llevado a cabo la disposición final decimocuarta de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, no debe confundirse con la de calificación que le atribuye el artículo 18 del Código de Comercio, que constituye el núcleo de su función y que se rige por las reglas generales contenidas en el propio Código y en sus normas de desarrollo. La competencia de tramitar el expediente de convocatoria de junta general de una sociedad de capital debe encuadrarse entre aquellas a las que se refiere el artículo 16.2 del Código de Comercio y que vienen desarrolladas en el Título Tercero del Reglamento del Registro Mercantil que expresivamente se denomina «De otras funciones del Registro Mercantil».

Esta Dirección General ha afirmado en múltiples ocasiones en sede de recursos en materia de nombramiento de auditores a instancia de la minoría *(vid.* Resoluciones de 26 de junio y 28 de julio de 2014, por todas), así como en materia de generación o renovación del código identificador de persona jurídica *(vid.* Resolución de 16 de julio de 2015), en sede de designación de mediadores concursales *(vid.* Resolución de 4 de marzo de 2016), y en sede de convocatoria de juntas generales *(vid.* Resolución ya citada y otras posterio-

res), que determinadas funciones encomendadas legalmente al registrador se encuadran en esas «otras funciones del Registro», a que se refiere el artículo 16.2 del Código de Comercio, funciones que son distintas de las relativas a la inscripción de los empresarios y sus actos (art. 16.1 del Código de Comercio). A diferencia de ésta, presidida por la función calificadora como control de legalidad que en aras del interés público a que responde la publicidad registral es llevado a cabo por el Registrador Mercantil de forma unilateral y objetiva, en los expedientes sobre nombramiento de auditores existe un foro de contraposición de intereses que ha de resolver el registrador como órgano de la Administración (Resolución de 15 de julio de 2005). De este modo, la decisión del Registrador Mercantil declarando la procedencia de la convocatoria de junta general no tiene el carácter de calificación registral, sino que es un acuerdo adoptado por quien en este procedimiento regulado en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil es la autoridad pública competente para resolver la solicitud (Resoluciones de 13 de enero de 2011 y 10 de julio de 2013, entre otras). De aquí se derivan importantes consecuencias como son el escaso rigorismo formal del procedimiento (por todas, Resolución de 21 de julio de 2010), la existencia de un sistema de recursos distinto del previsto para la calificación registral, y la aplicación subsidiaria de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en lo no previsto por una norma específica.

Esta misma doctrina es aplicable al expediente registral a través del que se da respuesta a la solicitud prevista en el artículo 389 de la Ley de Sociedades de Capital. En definitiva, que como ocurre con la competencia de nombramiento de expertos independientes y auditores, la de gestionar el denominado código identificador de entidades jurídicas, la de designar mediadores concursales, la de convocar juntas generales y otras similares, la de resolver sobre la procedencia de la sustitución de la persona del liquidador no es una función de calificación.

Una primera consecuencia de esta afirmación es la que se refiere al objeto del expediente. A diferencia del procedimiento por el que se resuelve la procedencia o no de modificar el contenido del Registro de la Propiedad, mercantil o de bienes muebles, el objeto de este expediente tiene el limitado alcance definido por el artículo 389 de la Ley de Sociedades de Capital: determinar si concurren o no los requisitos para la sustitución del liquidador designado y su sustitución por otro en los términos que resultan del precepto. 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 procede que en el ámbito de este procedimiento se lleven a cabo pronunciamientos en relación a cuestiones ajenas a la determinación estricta de si procede o no la declaración de sustitución del liquidador por causa o motivo del estrictamente previsto en la norma. No procede en consecuencia que esta Dirección se pronuncie sobre si la actuación del liquidador ha sido pasiva como afirma el solicitante pues lo que ha de determinarse en el ámbito de este expediente es si se dan o no las circunstancias legalmente exigibles para la sustitución de liquidador.

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.

Otra consecuencia importante de la naturaleza de este expediente es el que hace relación a la normativa aplicable. La ausencia de un procedimiento registral específico para que el Registrador Mercantil lleve a cabo el ejercicio de su competencia, a la espera de una futura reforma del Reglamento del Registro Mercantil, ha sido objeto de atención por esta Dirección General de los Registros y del Notariado que en su Resolución de contestación de consulta de 20 de noviembre de 2015, ha recordado que en relación al procedimiento que debe seguirse para tramitar expedientes desjudicializados de Jurisdicción Voluntaria por el Registrador Mercantil suele existir en la Ley, en los distintos expedientes, una remisión expresa a lo previsto para ello en el Reglamento del Registro Mercantil. Así, en el artículo 40 del Código de Comercio; artículos 139 y 140 de la Ley de Sociedades de Capital; artículo 266.2 de la Ley de Sociedades de Capital; artículo 377 de la Ley de Sociedades de Capital; artículo 381.2 y artículo 422 de la Ley de Sociedades de Capital. Falta sin embargo remisión expresa al Reglamento del Registro Mercantil en el supuesto de separación y sustitución de liquidadores. Como se afirmó entonces, la omisión reseñada no obstante es salvable pues 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.

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 al liquidador a efectos de formular oposición, lo establecido en cuanto a auditores en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

A diferencia del procedimiento previsto en materia de nombramiento de expertos independientes por el Registrador Mercantil (en que sólo se contempla la posibilidad de formular oposición en el caso de la recusación del nombrado), en el de nombramiento de auditores siempre ha existido un trámite por escrito de audiencia que permite ventilar la contradicción dentro del procedimiento. Se trata de una controversia que carece de relevancia contenciosa en los términos del artículo 1.2 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria y que, a diferencia de lo previsto en la vieja Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, no obliga a acudir a la jurisdicción contenciosa *(vid.* art. 17.3. 2.º de la Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativa).

Se aplicarán, en primer lugar, las reglas particulares del procedimiento previsto en materia de auditores (que contiene un mecanismo procedimental para solventar la audiencia de la sociedad o del liquidador, en este caso) contenidas en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil. En lo no previsto, cabe la aplicación supletoria de primer grado de lo establecido en el propio Reglamento del Registro Mercantil en materia de nombramiento de expertos independientes *(vid.* art. 364 del Reglamento del Registro Mercantil). Hay una aplicación supletoria de segundo grado de lo establecido en el procedimiento registral común e hipotecario *(vid.* art. 80 del Reglamento del Registro Mercantil sobre remisión al Reglamento Hipotecario) y, en fin, en lo no previsto aún, cabe entender con la doctrina Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de expedientes de expertos y auditores, que existe una supletoriedad de tercer grado de la legislación acerca del procedimiento administrativo común.

Esta última circunstancia tiene una especial relevancia porque, a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento registral ordinario, tienen derecho a participar en el expediente todos aquellos que ostenten la cualidad de interesados (art. 4 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), así como realizar alegaciones en cualquier estado del procedimiento (art. 76), y a la subsanación de la solicitud en los términos establecidos en el artículo 68 de la Ley. Por su parte la Administración, de forma contraria a lo que ocurre en el procedimiento registral ordinario (art. 326 de la Ley Hipotecaria), podrá resolver sobre las cuestiones que resulten del expediente, aún de las no traídas por las partes (arts. 88 y 119 de la Ley).

5. Establecido el marco conceptual en que debe resolverse este expediente tanto a nivel de ley material como de procedimiento, debe afirmarse en primer lugar la legitimación del solicitante, en cuanto socio, para instar el procedimiento que, como vimos más arriba, tiene como uno de sus fines esenciales satisfacer los créditos pendientes al tiempo de la apertura de la liquidación o los posteriores que puedan devengarse a fin de determinar el neto a distribuir así como determinar el neto repartible.

El artículo 389 de la Ley de Sociedades de Capital, en un esfuerzo objetivizador que proviene de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada de

1995, establece un plazo de tres años desde la apertura de la fase de liquidación para que cualquier socio o persona con interés legítimo inste la sustitución del liquidador designado. Este dato meramente temporal exige a su vez que en dicho plazo no se haya aprobado el balance final de liquidación, así como la ausencia de causa que justifique la dilación. De los tres requisitos expuestos dos son meramente mecánicos en el sentido de que su verificación no reviste dificultad alguna. Por el contrario, es preciso determinar adecuadamente en qué consiste o en qué puede consistir la causa que justifique la dilación a fin de evitar una aplicación automática de un precepto que, como resulta de su tenor, exige un adecuado análisis de las circunstancias de hecho que sin invadir competencias judiciales permita al Registrador Mercantil emitir una resolución sobre la concurrencia de los requisitos legalmente establecidos.

La formulación del balance final depende de la finalización de las operaciones de liquidación (art. 390 de la Ley), por lo que será el cumplimiento de estas el que debe servir de baremo para tomar la decisión. Resulta evidente que la previsión legal sobre las operaciones de liquidación de una sociedad de capital resultará en un proceso más o menos complejo en función de las operaciones a realizar, circunstancia que a su vez dependerá de los concretos hechos que se pongan de manifiesto en el expediente. En sociedades que al tiempo de la apertura del proceso de liquidación sea preciso llevar a cabo un gran número de acciones encaminadas a la realización del activo y satisfacción del pasivo resultará difícil, sino imposible cumplir con el plazo legalmente establecido de tres años que sólo puede ser entendido como plazo generalmente razonable pero no como plazo preclusivo cualquiera que sea la sociedad a que se aplique. De ahí que la norma permita la transgresión del plazo cuando concurra causa que así lo justifique.

Ahora bien, resulta igualmente razonable entender que no bastará con alegar la complejidad del procedimiento de liquidación para entender que existe causa (justa, dice el artículo 380 de la propia Ley). Es preciso para entender que existe causa de dilación que el liquidador haya atendido razonablemente al cumplimiento de las obligaciones inherentes a su cargo y que así resulte del expediente.

Hay que entender que el liquidador es un cargo elegido por la junta general de la sociedad de capital (art. 160 b), cuya competencia no puede ser preterida sino es por un motivo de una envergadura tal que así lo imponga. Es la junta general la que elige a la persona del liquidador y la que puede removerla de su cargo en cualquier momento (art. 380 de la propia Ley), de acuerdo al régimen de mayorías que sea de aplicación. Las normas protectoras de las minorías deben aplicarse teniendo en cuenta este principio so pena de vaciar de contenido la previsión legal sobre la competencia de la junta general. La protección de la minoría exige la concurrencia de unos hechos de los que resulte con rotundidad la inadecuación del sistema legal previsto para la satisfacción de sus intereses.

En definitiva, no basta el mero transcurso del tiempo previsto en la norma para la sustitución de la persona del liquidador si de las circunstancias que resulten del expediente resulta la complejidad de la situación a liquidar, así como el razonable cumplimiento por el liquidador de las obligaciones derivadas de la Ley. El mero retraso en el cumplimiento de alguna de dichas obligaciones o el incumplimiento parcial no constituyen supuestos que permitan tener por cumplimentado el supuesto de hecho a que se refiere el artículo 389 de la Ley de Sociedades de Capital (*vide* la sentencia 866/1997, de 10 de octubre del Tribunal Supremo, el auto 168/1998, de 27 de marzo de la Audiencia Provincial de La Rioja, la sentencia número 118/2015 de 19 marzo de la Audiencia Provincial de Ourense (Sección 1.ª), o el auto número 203/2017 de 4 diciembre de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 28.ª).

6. En el expediente que da lugar a la presente, no se dan las circunstancias precisas para que proceda la sustitución de la persona del liquidador.

De los hechos expuestos tanto por el solicitante como por el liquidador resulta indiscutido que la sociedad se encuentra en liquidación, que el único activo de la sociedad lo constituye un crédito contra otra sociedad y que esta última se encuentra en situación de concurso de acreedores. Resulta igualmente debidamente acreditado que las operaciones concursales se han dilatado en el tiempo, así como que existió convenio y que, como consecuencia de la imposibilidad de su cumplimiento, se solicitó la liquidación de la sociedad en concurso lo que no fue acordado sino en diciembre de 2018. Del expediente resulta en consecuencia la imposibilidad de llevar a cabo en el plazo de tres años la conversión del crédito que constituía el activo social en metálico a fin de poder formular un balance final y una propuesta de reparto. Resulta igualmente, y así lo reconoce el solicitante, que el liquidador ha cumplido con su obligación de formular y presentar las cuentas anuales a los socios en la junta general convocada al efecto, a pesar de lo cual el folio de la sociedad se encuentra cerrado por falta de depósito, circunstancia que no constituye el objeto de la presente.

No puede sostenerse, como hace la resolución recurrida, que el liquidador en trámite de oposición no haya acreditado la existencia de causa que justifique la dilación del proceso de liquidación. Resultando del expediente como hecho indiscutido que el único activo social es un crédito contra otra sociedad, que esta se encuentra en situación concursal y que no ha sido hasta diciembre de 2018 en que se ha aprobado la apertura de la fase de liquidación, es evidente la imposibilidad de que el liquidador de la sociedad a que se refiere la solicitud haya podido llevar a cabo la liquidación al estar el crédito sujeto al procedimiento concursal.

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar la resolución del Registrador Mercantil de Madrid núm. 11, don Francisco Javier Llorente Vara de fecha de 28 de febrero 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 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, 6 de junio de 2019 (7.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de Madrid.

Resolución de 6 de junio de 2019 (8.ª)

En el expediente 52/2019 sobre sustitución de liquidador a instancia de un socio de «Estructuras, Ayudas y Albañilerías S. A., en liquidación».

HECHOS

I

Don T. P. V., presentó un escrito de fecha 28 de enero de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que solicitó, al amparo del artículo 389 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio de «Estructuras, Ayudas y Albañilerías S. A., en liquidación», la sustitución del liquidador en su día designado, don C. F. G., como consecuencia de la excesiva duración de la liquidación.

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

a) Que es socio de la sociedad «Estructuras, Ayudas y Albañilerías S. A., en liquidación»

b) Que la sociedad «Estructuras, Ayudas y Albañilerías S. A.» adoptó el acuerdo de disolución el día 17 de diciembre de 2015 habiendo transcurrido más de tres años desde dicha fecha sin que el liquidador haya sometido a la aprobación de la junta general de la sociedad el balance final de liquidación y sin que exista causa que lo justifique. Que la pasividad absoluta del liquidador está provocando la dilación excesiva del proceso en su perjuicio.

c) Que los dos requisitos exigidos por el artículo 389 de la Ley de Sociedades de Capital se cumplen en el supuesto de hecho con cita de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de abril de 2016.

d) Que con motivo del debate de las cuentas del ejercicio 2017 el liquidador comunicó que el balance de la sociedad está integrado básicamente por un crédito frente a la mercantil «Construcciones Pallá Hermanos, S.A.» que consta incluido en la lista de acreedores del concurso de esta sociedad como subordinado en la sentencia de aprobación de convenio de 8 de diciembre de 2015. Que la sociedad deudora ha solicitado la liquidación por no poder hacer frente a las obligaciones derivadas del convenio por lo que hay que esperar a la liquidación. Que el liquidador quiere así dar a entender que está a la espera de recibir dicho crédito para finalizar la liquidación, pero lo cierto es que siendo un crédito subordinado por pertenecer la sociedad en concurso al mismo grupo difícilmente se percibirá cantidad alguna.

e) Que le consta que el Registro Mercantil de Madrid ha aceptado la sustitución del mismo liquidador en otra sociedad del mismo grupo.

f) Que el liquidador no ha contestado a los burofaxes que le ha enviado en solicitud del pago de determinadas cantidades adeudadas por la sociedad lo que acredita su pasividad en las labores de liquidación

II

Previo traslado de la solicitud por parte del Registro Mercantil, la sociedad por medio de su liquidador se opuso a la pretensión del socio alegando: Que aceptó el cargo de liquidador que se aprobó en la junta general de la sociedad el día 17 de diciembre de 2015, en fecha 13 de enero de 2016. Que conformado el balance a que se refiere el artículo 383 de la Ley de Sociedades de Capital los únicos activos de la sociedad son un crédito frente a la sociedad del mismo grupo denominada «Construcciones Pallá Hermanos, S.A.» y unas plazas de aparcamiento en la localidad de Alcorcón. Que la sociedad «Construcciones Palla Hermanos, S.A.» se encontraba sujeta a un concurso de acreedores declarado en 2014 y en el que se incluyó, como subordinado, el crédito a que se ha hecho referencia. Que por sentencia firme de 18 de diciembre de 2015 se aprobó el convenio si bien, ante la imposibilidad de su cumplimiento, se solicitó la liquidación lo que fue acordado por Auto de 20 de diciembre de 2018. Que siendo esta la situación de hecho, el liquidador ha estado sujeto al procedimiento concursal por lo que la dilación del proceso de liquidación es totalmente ajena a la actuación del liquidador. En cuanto a las once plazas de aparcamiento por concesión administrativa la gestión de venta ha sido inútiles por no encontrar comprador interesado en este tipo de activo por concesión y existir, por el contrario, exceso de oferta.

Que el mero paso del tiempo no es causa justificativa para que proceda la sustitución pues es preciso que no exista causa que lo justifique lo que en este supuesto resulta evidente. Además, el pretendido perjuicio del socio no existe pues su participación se limita al 0,17 %.

Junto a otra documentación que se dirá, acompaña el auto 452 de fecha 28 de diciembre de 2018 del Juzgado de lo Mercantil núm. 10 de Madrid. Del citado Auto resulta la solicitud por parte del deudor de la apertura de la fase de liquidación por imposibilidad de cumplimiento del convenio lo que acuerda la juez por medio de la citada resolución.

III

El Registrador Mercantil de Madrid núm. 11, don Francisco Javier Llorente Vara dictó resolución en fecha de 28 de febrero de 2019 por la que acordó estimar la solicitud del socio declarando la procedencia de la sustitución de la persona del liquidador por entender

que el liquidador no ha aportado documentación que acredite lo actuado desde su designación.

IV

Don C.F.G, actuando como liquidador de la sociedad «Estructuras, Ayudas y Albañilerías S. A., en liquidación», por escrito de fecha 9 de abril de 2019, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Madrid, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a, resumidamente, los siguientes argumentos: Que habiendo sido notificado en fecha 11 de marzo de la resolución del Registrador Mercantil considera la misma contraria a derecho y al principio de tutela judicial efectiva en su modalidad de precisar una resolución fundada y congruente. Que la resolución del registrador no da respuesta a ninguna de las alegaciones llevadas a cabo en el escrito de oposición y por las que se justificaba la imposibilidad de presentar el balance final de liquidación en el periodo de tiempo de tres años a que se refiere el artículo 389 de la Ley de Sociedades de Capital. Que como se afirmó entonces el activo a liquidar se integra por dos únicos activos: un crédito contra una sociedad en concurso lo que evitaba cerrar la liquidación mientras no se tuviera una respuesta del concurso y unas plazas de aparcamiento cuya gestión de venta ha sido infructuosa por exceso de oferta y porque los potenciales compradores están interesados en propiedad y no en un régimen temporal concesional. Que en el escrito de alegaciones se aportó el balance del artículo 383 de la Ley de Sociedades de Capital del que resulta la existencia del crédito contra la sociedad en concurso y las plazas de aparcamiento. Se aportó igualmente escrito del que resulta el reconocimiento del crédito subordinado y el auto del Juzgado de lo Mercantil de Madrid núm. 10 por el que se apertura la liquidación de la sociedad deudora. Durante las juntas generales de aprobación de cuentas de los ejercicios 2017 y 2018 se ha informado a los socios de esta situación como resulta de la documentación que se acompaña. Que nada de lo anterior mereció respuesta del registrador que limitó su resolución a la manifestación de que no existía documentación de prueba.

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 371, 375, 376, 378, 380, 381, 383, 384, 385, 387, 388, 389 y 390 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital; 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil; la sentencia 866/1997, de 10 de octubre del Tribunal Supremo; sentencia número 118/2015 de 19 marzo de la Audiencia Provincial de Ourense (Sección 1.ª); auto 168/1998, de 27 de marzo de la Audiencia Provincial de La Rioja; auto número 203/2017 de 4 diciembre de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 28.ª); y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado en sede de recursos gubernativos de 13 de febrero de 1986, 30 de marzo de 1993, 26 de enero de 1994, 29 de octubre y 20 de noviembre de 1998, 12 de febrero y 27 de noviembre de

1999, 22 de mayo y 23 de julio de 2001, 3 de marzo de 2012, 5 de marzo y 16 de octubre de 2015, 3 de marzo y 13 de abril de 2016 y 27 de marzo de 2019

1. Constituye el objeto de este expediente, tramitado al amparo de la previsión del artículo 389 de la Ley de Sociedades de Capital, la solicitud llevada a cabo por un socio de una sociedad limitada en liquidación de que se lleve a cabo por parte del Registrador Mercantil la sustitución del liquidador en su día designado, como consecuencia de la duración excesiva de la liquidación.

2. La sociedad a que este expediente se refiere está en situación de liquidación, situación que como afirmara la Resolución de este Centro Directivo de 29 de octubre de 1998, tiene como objetivo «la determinación de la existencia o inexistencia de un remanente de bienes repartible entre los socios para, previa satisfacción de los acreedores sociales en su caso, proceder a su reparto y a la cancelación de los asientos regístrales de la sociedad, lo que hace imprescindible la formulación de un balance final que refleje fielmente el estado patrimonial de la sociedad una vez realizadas las operaciones liquidatorias que aquella determinación comporta».

Con más precisión, la Resolución de 22 de mayo de 2001 afirma que «la liquidación no es, sino un procedimiento independiente, aunque derivado de la disolución, integrado por una serie de operaciones conducentes a extinguir las relaciones jurídicas de la sociedad, tanto con terceros como con sus propios socios para culminar con la extinción definitiva de aquélla. Durante ese período la sociedad sobrevive, conservando su personalidad jurídica, pero sujeta a un status especial, por cuanto con la disolución se pone fin a su vida empresarial activa (cfr. art. 267.1 Ley de Sociedades Anónimas) para pasar a realizar las actuaciones tendentes tan sólo a lograr aquellos fines tal como resulta de la enumeración de facultades de los liquidadores contenidas en el artículo 272 de la Ley (*vide* hoy, sección 3.ª del capítulo II, del Título décimo de la Ley de Sociedades de Capital)».

La figura central a la que la Ley llama en este período a desarrollar la actividad social y llevar a cabo el especial destino de las sociedades, es la figura del liquidador. Como afirma la Resolución de 3 de marzo de 2012: «…la vigente Ley de Sociedades de Capital, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2010 de 2 de julio, regula de forma detallada todo el proceso de liquidación de sociedades mercantiles estableciendo con detalle todas las operaciones que deben realizar los liquidadores nombrados hasta llegar a la total extinción de la sociedad y consiguiente cancelación de asientos registrales, previo pago a los acreedores y adjudicación del haber social. Uno de los puntos esenciales de ese proceso liquidatorio es la aprobación por la junta general del balance final de liquidación, o cuenta de cierre, del informe sobre las operaciones de liquidación y del proyecto de división entre los socios del activo resultante (cfr. art. 390.1 de la Ley de Sociedades de Capital). Dada la importancia y trascendencia de las operaciones liquidatorias que desembocan en el balance final de liquidación sometido a la aprobación de la junta general, que es la base sobre la cual, en su caso, se efectúa el reparto del haber social, y que

debe ser resumen de todas las operaciones de liquidación patrimonial, el artículo 390.2 de la Ley de Sociedades de Capital concede a los socios que no hayan votado a favor del acuerdo, entre los que se incluyen lógicamente los no asistentes a la junta general, el derecho de impugnar el acuerdo de la junta general de aprobación del balance final en el plazo de dos meses a contar desde la adopción del acuerdo».

Para llevar a cabo esta tarea la Ley de Sociedades de Capital impone al liquidador designado un conjunto de facultades y deberes conducentes todos ellos al más exacto cumplimiento de las previsiones legales: obligación de velar por el patrimonio social (art. 375), de ejercer el poder de representación de la sociedad (art. 379), de formular un balance inicial (art. 383), de concluir las obligaciones pendientes y realizar las nuevas que sean necesarias (art. 384), de realizar el cobro de créditos así como el pago de deudas (art. 385), de llevar la contabilidad y de cumplir las obligaciones relativas a los libros sociales (art. 386), de enajenar los bienes sociales (art. 387), de informar debida y periódicamente a los socios (art. 388), de formular el balance final, el informe sobre las operaciones de liquidación y el proyecto de división del haber social (art. 390), de satisfacer la cuota de liquidación a cada socio (arts. 391 y 394), de satisfacerla en metálico (art. 393) y, en fin, de otorgar la escritura de extinción de la sociedad (art. 395), sin perjuicio de persistir sus obligaciones si resulta la existencia de activo o pasivo sobrevenido (arts. 398 y 399), o las derivadas de formalización de actos jurídicos (art. 400).

Como afirma la citada Resolución de 22 de mayo de 2001, el régimen establecido legalmente presenta «un marcado carácter imperativo», derivado de la especial situación en que se encuentra la sociedad, de la finalidad que ha de presidir la realización de las operaciones liquidatorias y de la protección contemplada a los derechos de los socios y terceros. Así, los liquidadores no pueden llevar a cabo el reparto del haber social sin previamente satisfacer a los acreedores (art. 391.2 de la Ley de Sociedades de Capital y Resolución citada), ni pueden llevarlo a cabo en forma distinta a la establecida en los estatutos sociales o en la determinada por acuerdo social (art. 391.1), ni pueden satisfacer la cuota de liquidación en otra cosa que no sea dinero, salvo disposición contraria de los estatutos (art. 393), ni pueden pagarla hasta que haya devenido definitiva (art. 394 y Resolución de 13 de febrero de 1986).

3. La previsión legal es que el conjunto de operaciones que comprende la liquidación de una sociedad de capital se lleve a cabo por el liquidador sin sujeción a plazo y salvo disposición contraria de los estatutos (art. 378 de la Ley de Sociedades de Capital), previsión que obedece no sólo a la eventual complejidad de las operaciones de liquidación sino a la posibilidad de aparición de activos o pasivos sobrevenidos, tal y como se ha expuesto con anterioridad.

La previsión legal empero ha tenido en nuestro ordenamiento el contrapeso de la posibilidad de destitución del liquidador. Dejando de lado otros supuestos (separación por la junta general y separación a solicitud de accio-

nistas, art. 380.1 de la Ley de Sociedades de Capital), nuestro derecho siempre ha procurado la salvaguarda de los derechos de socios y de otros interesados en los supuestos en los que se ha producido un incumplimiento por parte del liquidador de sus obligaciones legales.

Dispone así el artículo 230 del Código de Comercio: «Bajo pena de destitución, deberán los liquidadores: 1.º Formar y comunicar a los socios, dentro del término de veinte días, el inventario del haber social, con el balance de las cuentas de la sociedad en liquidación, según los libros de su contabilidad. 2.º Comunicar igualmente a los socios todos los meses el estado de la liquidación.» La norma se aplicó al régimen de las sociedades de responsabilidad limitada como consecuencia de lo establecido por el artículo 32 de la Ley de 17 de julio de 1953: «Para la liquidación de las Sociedades de Responsabilidad Limitada se estará a lo dispuesto en la escritura de constitución y en el Código de Comercio.»

La previsión pasó al régimen de las sociedades anónimas en la forma establecida en el artículo 161.3 de la Ley de 17 de julio 1951, Ley sobre régimen jurídico de las sociedades anónimas que estableció: «Termina la función de los liquidadores:3. Por decisión judicial, mediante justa causa, a petición de un grupo de accionistas que representen la vigésima parte del capital social.» La norma se incorporó al artículo 280 c) del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.

Por su parte la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitadas estableció un régimen distinto en el apartado segundo de su artículo 111, en los términos siguientes: «Transcurridos tres años desde la apertura de la liquidación sin que se haya sometido a la aprobación de la Junta General el balance final de liquidación, cualquier socio o persona con interés legítimo podrá solicitar del Juez de Primera Instancia del domicilio social la separación de los liquidadores. El Juez, previa audiencia de los liquidadores, acordará la separación si no existiere causa que justifique la dilación y nombrará liquidadores a la persona o personas que tenga por conveniente, fijando su régimen de actuación. Contra la resolución por la que se acuerde la separación y el nombramiento de liquidadores, no cabrá recurso alguno.»

Esta es la redacción que pasó al 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 que hoy, tras la reforma operada por la disposición final 14.5 de Ley núm. 15/2015, de 2 de julio, dice así: «1. Transcurridos tres años desde la apertura de la liquidación sin que se haya sometido a la aprobación de la junta general el balance final de liquidación, cualquier socio o persona con interés legítimo podrá solicitar del Secretario judicial o Registrador Mercantil del domicilio social la separación de los liquidadores. 2. El Secretario judicial o Registrador mercantil, previa audiencia de los liquidadores, acordará la separación si no existiere causa que justifique la dilación y nombrará liquidadores a la persona o personas que tenga por conveniente, fijando su régimen de

actuación. 3. La resolución que se dicte sobre la revocación del auditor será recurrible ante el Juez de lo Mercantil.»

4. Como pusiera de relieve la Resolución de 7 de marzo de 2016 (en sede de Resoluciones sobre solicitud de convocatoria de junta general de sociedades de capital), la atribución competencial a los registradores mercantiles llevada a cabo por la reforma que de la Ley de Sociedades de Capital ha llevado a cabo la disposición final decimocuarta de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, no debe confundirse con la de calificación que le atribuye el artículo 18 del Código de Comercio, que constituye el núcleo de su función y que se rige por las reglas generales contenidas en el propio Código y en sus normas de desarrollo. La competencia de tramitar el expediente de convocatoria de junta general de una sociedad de capital debe encuadrarse entre aquellas a las que se refiere el artículo 16.2 del Código de Comercio y que vienen desarrolladas en el Título Tercero del Reglamento del Registro Mercantil que expresivamente se denomina «De otras funciones del Registro Mercantil».

Esta Dirección General ha afirmado en múltiples ocasiones en sede de recursos en materia de nombramiento de auditores a instancia de la minoría *(vid.* Resoluciones de 26 de junio y 28 de julio de 2014, por todas), así como en materia de generación o renovación del código identificador de persona jurídica *(vid.* Resolución de 16 de julio de 2015), en sede de designación de mediadores concursales *(vid.* Resolución de 4 de marzo de 2016), y en sede de convocatoria de juntas generales *(vid.* Resolución ya citada y otras posteriores), que determinadas funciones encomendadas legalmente al registrador se encuadran en esas «otras funciones del Registro», a que se refiere el artículo 16.2 del Código de Comercio, funciones que son distintas de las relativas a la inscripción de los empresarios y sus actos (art. 16.1 del Código de Comercio). A diferencia de ésta, presidida por la función calificadora como control de legalidad que en aras del interés público a que responde la publicidad registral es llevado a cabo por el Registrador Mercantil de forma unilateral y objetiva, en los expedientes sobre nombramiento de auditores existe un foro de contraposición de intereses que ha de resolver el registrador como órgano de la Administración (Resolución de 15 de julio de 2005). De este modo, la decisión del Registrador Mercantil declarando la procedencia de la convocatoria de junta general no tiene el carácter de calificación registral, sino que es un acuerdo adoptado por quien en este procedimiento regulado en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil es la autoridad pública competente para resolver la solicitud (Resoluciones de 13 de enero de 2011 y 10 de julio de 2013, entre otras). De aquí se derivan importantes consecuencias como son el escaso rigorismo formal del procedimiento (por todas, Resolución de 21 de julio de 2010), la existencia de un sistema de recursos distinto del previsto para la calificación registral, y la aplicación subsidiaria de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en lo no previsto por una norma específica.

Esta misma doctrina es aplicable al expediente registral a través del que se da respuesta a la solicitud prevista en el artículo 389 de la Ley de Sociedades de Capital. En definitiva, que como ocurre con la competencia de nombramiento de expertos independientes y auditores, la de gestionar el denominado código identificador de entidades jurídicas, la de designar mediadores concursales, la de convocar juntas generales y otras similares, la de resolver sobre la procedencia de la sustitución de la persona del liquidador no es una función de calificación.

Una primera consecuencia de esta afirmación es la que se refiere al objeto del expediente. A diferencia del procedimiento por el que se resuelve la procedencia o no de modificar el contenido del Registro de la Propiedad, mercantil o de bienes muebles, el objeto de este expediente tiene el limitado alcance definido por el artículo 389 de la Ley de Sociedades de Capital: determinar si concurren o no los requisitos para la sustitución del liquidador designado y su sustitución por otro en los términos que resultan del precepto. 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 procede que en el ámbito de este procedimiento se lleven a cabo pronunciamientos en relación a cuestiones ajenas a la determinación estricta de si procede o no la declaración de sustitución del liquidador por causa o motivo del estrictamente previsto en la norma. No procede en consecuencia que esta Dirección se pronuncie sobre si la actuación del liquidador ha sido pasiva como afirma el solicitante pues lo que ha de determinarse en el ámbito de este expediente es si se dan o no las circunstancias legalmente exigibles para la sustitución de liquidador.

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.

Otra consecuencia importante de la naturaleza de este expediente es el que hace relación a la normativa aplicable. La ausencia de un procedimiento registral específico para que el Registrador Mercantil lleve a cabo el ejercicio de su competencia, a la espera de una futura reforma del Reglamento del Registro Mercantil, ha sido objeto de atención por esta Dirección General de los Registros y del Notariado que en su Resolución de contestación de consulta de 20 de noviembre de 2015, ha recordado que en relación al procedimiento que

debe seguirse para tramitar expedientes desjudicializados de Jurisdicción Voluntaria por el Registrador Mercantil suele existir en la Ley, en los distintos expedientes, una remisión expresa a lo previsto para ello en el Reglamento del Registro Mercantil. Así, en el artículo 40 del Código de Comercio; artículos 139 y 140 de la Ley de Sociedades de Capital; artículo 266.2 de la Ley de Sociedades de Capital; artículo 377 de la Ley de Sociedades de Capital; artículo 381.2 y artículo 422 de la Ley de Sociedades de Capital. Falta sin embargo remisión expresa al Reglamento del Registro Mercantil en el supuesto de separación y sustitución de liquidadores. Como se afirmó entonces, la omisión reseñada no obstante es salvable pues 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.

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 al liquidador a efectos de formular oposición, lo establecido en cuanto a auditores en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

A diferencia del procedimiento previsto en materia de nombramiento de expertos independientes por el Registrador Mercantil (en que sólo se contempla la posibilidad de formular oposición en el caso de la recusación del nombrado), en el de nombramiento de auditores siempre ha existido un trámite por escrito de audiencia que permite ventilar la contradicción dentro del procedimiento. Se trata de una controversia que carece de relevancia contenciosa en los términos del artículo 1.2 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria y que, a diferencia de lo previsto en la vieja Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, no obliga a acudir a la jurisdicción contenciosa *(vid.* art. 17.3. 2.º de la Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativa).

Se aplicarán, en primer lugar, las reglas particulares del procedimiento previsto en materia de auditores (que contiene un mecanismo procedimental para solventar la audiencia de la sociedad o del liquidador, en este caso) contenidas en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil. En lo no previsto, cabe la aplicación supletoria de primer grado de lo establecido en el propio Reglamento del Registro Mercantil en materia de nombramiento de expertos independientes *(vid.* art. 364 del Reglamento del Registro Mercantil). Hay una aplicación supletoria de segundo grado de lo establecido en el procedimiento registral común e hipotecario *(vid.* art. 80 del Reglamento del Registro Mercantil sobre remisión al Reglamento Hipotecario) y, en fin, en lo no previsto aún, cabe entender con la doctrina Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de expedientes de expertos y auditores, que

existe una supletoriedad de tercer grado de la legislación acerca del procedimiento administrativo común.

Esta última circunstancia tiene una especial relevancia porque, a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento registral ordinario, tienen derecho a participar en el expediente todos aquellos que ostenten la cualidad de interesados (art. 4 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), así como realizar alegaciones en cualquier estado del procedimiento (art. 76), y a la subsanación de la solicitud en los términos establecidos en el artículo 68 de la Ley. Por su parte la Administración, de forma contraria a lo que ocurre en el procedimiento registral ordinario (art. 326 de la Ley Hipotecaria), podrá resolver sobre las cuestiones que resulten del expediente, aún de las no traídas por las partes (arts. 88 y 119 de la Ley).

5. Establecido el marco conceptual en que debe resolverse este expediente tanto a nivel de ley material como de procedimiento, debe afirmarse en primer lugar la legitimación del solicitante, en cuanto socio, para instar el procedimiento que, como vimos más arriba, tiene como uno de sus fines esenciales satisfacer los créditos pendientes al tiempo de la apertura de la liquidación o los posteriores que puedan devengarse a fin de determinar el neto a distribuir así como determinar el neto repartible. La afirmación que lleva a cabo el liquidador de que la escasa participación del solicitante en el capital social contradice la afirmación relativa al perjuicio que le ocasiona la dilación de la liquidación es absolutamente improcedente por cuanto su legitimación para la iniciación de este procedimiento está fuera de duda, con independencia del porcentaje de capital que ostente en la sociedad a que el mismo se refiere.

El artículo 389 de la Ley de Sociedades de Capital, en un esfuerzo objetivizador que proviene de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada de 1995, establece un plazo de tres años desde la apertura de la fase de liquidación para que cualquier socio o persona con interés legítimo inste la sustitución del liquidador designado. Este dato meramente temporal exige a su vez que en dicho plazo no se haya aprobado el balance final de liquidación, así como la ausencia de causa que justifique la dilación. De los tres requisitos expuestos dos son meramente mecánicos en el sentido de que su verificación no reviste dificultad alguna. Por el contrario, es preciso determinar adecuadamente en qué consiste o en qué puede consistir la causa que justifique la dilación a fin de evitar una aplicación automática de un precepto que, como resulta de su tenor, exige un adecuado análisis de las circunstancias de hecho que sin invadir competencias judiciales permita al Registrador Mercantil emitir una resolución sobre la concurrencia de los requisitos legalmente establecidos.

La formulación del balance final depende de la finalización de las operaciones de liquidación (art. 390 de la Ley), por lo que será el cumplimiento de estas el que debe servir de baremo para tomar la decisión. Resulta evidente

que la previsión legal sobre las operaciones de liquidación de una sociedad de capital resultará en un proceso más o menos complejo en función de las operaciones a realizar, circunstancia que a su vez dependerá de los concretos hechos que se pongan de manifiesto en el expediente. En sociedades que al tiempo de la apertura del proceso de liquidación sea preciso llevar a cabo un gran número de acciones encaminadas a la realización del activo y satisfacción del pasivo resultará difícil, sino imposible cumplir con el plazo legalmente establecido de tres años que sólo puede ser entendido como plazo generalmente razonable pero no como plazo preclusivo cualquiera que sea la sociedad a que se aplique. De ahí que la norma permita la transgresión del plazo cuando concurra causa que así lo justifique.

Ahora bien, resulta igualmente razonable entender que no bastará con alegar la complejidad del procedimiento de liquidación para entender que existe causa (justa, dice el art. 380 de la propia Ley). Es preciso para entender que existe causa de dilación que el liquidador haya atendido razonablemente al cumplimiento de las obligaciones inherentes a su cargo y que así resulte del expediente.

Hay que entender que el liquidador es un cargo elegido por la junta general de la sociedad de capital (art. 160 b), cuya competencia no puede ser preterida sino es por un motivo de una envergadura tal que así lo imponga. Es la junta general la que elige a la persona del liquidador y la que puede removerla de su cargo en cualquier momento (art. 380 de la propia Ley), de acuerdo al régimen de mayorías que sea de aplicación. Las normas protectoras de las minorías deben aplicarse teniendo en cuenta este principio so pena de vaciar de contenido la previsión legal sobre la competencia de la junta general. La protección de la minoría exige la concurrencia de unos hechos de los que resulte con rotundidad la inadecuación del sistema legal previsto para la satisfacción de sus intereses.

En definitiva, no basta el mero transcurso del tiempo previsto en la norma para la sustitución de la persona del liquidador si de las circunstancias que resulten del expediente resulta la complejidad de la situación a liquidar, así como el razonable cumplimiento por el liquidador de las obligaciones derivadas de la Ley. El mero retraso en el cumplimiento de alguna de dichas obligaciones o el incumplimiento parcial no constituyen supuestos que permitan tener por cumplimentado el supuesto de hecho a que se refiere el artículo 389 de la Ley de Sociedades de Capital (*vide* la sentencia 866/1997, de 10 de octubre del Tribunal Supremo, el auto 168/1998, de 27 de marzo de la Audiencia Provincial de La Rioja, la sentencia número 118/2015 de 19 marzo de la Audiencia Provincial de Ourense (Sección 1.ª), o el auto número 203/2017 de 4 diciembre de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 28.ª).

6. En el expediente que da lugar a la presente, no se dan las circunstancias precisas para que proceda la sustitución de la persona del liquidador.

De los hechos expuestos tanto por el solicitante como por el liquidador resulta indiscutido que la sociedad se encuentra en liquidación, y que de los

dos activos de la sociedad, uno lo constituye un crédito contra otra sociedad y que esta última se encuentra en situación de concurso de acreedores. Resulta igualmente debidamente acreditado que las operaciones concursales se han dilatado en el tiempo, así como que existió convenio y que, como consecuencia de la imposibilidad de su cumplimiento, se solicitó la liquidación de la sociedad en concurso lo que no fue acordado sino en diciembre de 2018. Del expediente resulta en consecuencia la imposibilidad de llevar a cabo en el plazo de tres años la conversión del crédito que constituía parte del activo social en metálico a fin de poder formular un balance final y una propuesta de reparto. Resulta igualmente, y así lo reconoce el solicitante, que el liquidador ha cumplido con su obligación de formular y presentar las cuentas anuales a los socios en la junta general convocada al efecto. De la resolución del registrador resulta que la sociedad tiene depositadas sus cuentas correspondientes a los ejercicios 2016 y 2017.

No puede sostenerse, como hace la resolución recurrida, que el liquidador en trámite de oposición no haya acreditado la existencia de causa que justifique la dilación del proceso de liquidación. Resultando del expediente como hecho indiscutido que el principal activo social es un crédito contra otra sociedad, que esta se encuentra en situación concursal y que no ha sido hasta diciembre de 2018 en que se ha aprobado la apertura de la fase de liquidación, es evidente la imposibilidad de que el liquidador de la sociedad a que se refiere la solicitud haya podido llevar a cabo la liquidación al estar el crédito sujeto al procedimiento concursal.

Es cierto empero que junto al citado crédito existe otro activo social integrado por determinadas plazas de aparcamiento en régimen de concesión y que, respecto de tales activos, el liquidador se ha limitado a afirmar la imposibilidad de su enajenación sin aportar documentación alguna de respaldo. Esta circunstancia, con ser importante, no puede enervar el hecho de que es la situación concursal de la sociedad deudora del crédito integrado en el balance la que determina la existencia de una causa que justifica la dilación en el proceso de liquidación.

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar la resolución del Registrador Mercantil de Madrid núm. 11, don Francisco Javier Llorente Vara de fecha de 28 de febrero 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, 6 de junio de 2019 (8.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de Madrid

---

Resolución de 7 de junio de 2019 (1.ª)

En el expediente 54/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Alonso González 2000, S.L.».

HECHOS

I

Doña …… presenta escrito de fecha 4 de febrero de 2019, dirigido al registro mercantil de Burgos, 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 «Alonso González 2000, S.L.». (titular del 18,00 % del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 6 de febrero de 2019 en el domicilio social siendo recibido el día 8, formulando oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito de 12 de febrero, presentado el mismo día, alegando que «doña …… carece de legitimidad para solicitar el nombramiento de auditor de cuentas de la sociedad "Alonso González 2000, S.L." en base al artículo 265.2 L. S. C. puesto que no tiene la condición de socio de la sociedad».

Mediante resolución de fecha 13 de febrero de 2019 se da traslado de tal escrito de oposición a la requirente, siendo recibido el día 15 del mismo mes, a fin de que pueda alegar lo que considere oportuno. La solicitante atiende el mencionado requerimiento mediante escrito de 19 de febrero que es presentado el mismo día en el Registro Mercantil de Burgos. En el mismo indica que es titular como consecuencia de la suscripción realizada en una ampliación de capital de la mercantil el 26 de abril de 2011 de 840 participaciones sociales con carácter ganancial con don …

III

El Registrador Mercantil de Burgos, don Ramón Vicente Modesto Caballero, dictó resolución de fecha 26 de febrero de 2019 por la que acordó «desestimar la solicitud de nombramiento de auditor».

IV

Doña …… interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 26 de febrero, alegando que es titular con carácter ganancial de tales participaciones y «que se encuentra en pleno proceso de separación» acompañando copia de auto dictado el 28 de enero de 2019 por la Unidad Procesal de Apoyo del Juzgado de Primera Instancia Número 7 de Burgos dictado en el procedimiento de divorcio contencioso 808/2018 entre don …… y doña …… por el que se modifican las medidas previas adoptadas en el seno de dicho procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. Vuelve a plantearse ante esta Dirección una cuestión sobre la que ha tenido ocasión de pronunciarse de modo reiterado por lo que procede aplicar la doctrina al efecto elaborada. De acuerdo con dicha doctrina (resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012, 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, 13 de mayo,17 de junio de 2014 y de 24 de septiembre de 2015 entre otras muchas), este Centro Directivo ha mantenido que la finalidad del 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 *intuitu personae* entre la empresa o entidad y el profesional que recibe el encargo de llevar a efecto la revisión.» Y más adelante continúa: «La designación se verifica no en razón de condiciones o circunstancias que puedan concurrir en un determinado profesional, sino por un mecanismo aleatorio que tiene por base una consideración de equivalencia o igualdad entre los profesionales inscritos en las listas.» Para terminar afirmando que: «Hay que añadir a ello la consolidada opinión emitida reiteradas veces por la Dirección General de Registros y del Notariado…en orden a considerar que el derecho del accionista a solicitar la auditoría prevista en el artículo 265.2 LSA queda enervado por el encargo de una auditoría voluntariamente realizado por los administradores…estimándose indiferente el origen de la designación (Juez, Registrador, Órganos sociales), lo que viene razonándose en el sentido de que dicho auditor ha de conducirse en sus actuaciones bajo estrictos y exclusivos criterios de independencia y de profesionalidad…ya que la finalidad del artículo 265.2 LSA no es que la auditoría se realice a instancia de un determinado socio sino que aquella efectivamente se realice y el socio pueda tener perfecto conocimiento de la contabilidad de la sociedad».

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 artículo 1.384 del Código civil, en cuanto proclama la validez de los actos de administración realizados unilateralmente por el cónyuge a cuya nombre figuren. Por tanto, si la renuncia a la suscripción preferente de acciones se considera un acto de disposición, como sostiene la actora, o si se califica de acto de administración, como viene a defender la apelada al equipararlo con el no ejercicio de un derecho, la realidad es que el mismo no necesitaba el consentimiento de la cotitular patrimonial porque expresamente lo autoriza el artículo 1.384, con independencia de que sea a título gratuito u oneroso, sin necesidad de entrar en mayores disquisiciones.».

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

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

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

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

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

6. De conformidad con la anterior doctrina de los Tribunales, esta Dirección General acomodó a la misma su propia doctrina a partir de las resoluciones de 25 de junio (1.ª, 2.ª, 3.ª y 4.ª) y 29 de julio de 2015 afirmando que carece de legitimación para solicitar la designación de auditor al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital el cónyuge del socio por el

mero hecho de que las acciones o participaciones que este ostenta tengan el carácter de bienes gananciales y sin perjuicio de las consecuencias patrimoniales que procedan entre los cónyuges.

7. Por lo que se refiere a la situación posterior a la disolución de la sociedad de gananciales la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha mantenido que se abre un periodo transitorio en el que subsiste una comunidad postganancial, en tanto no se proceda a su liquidación, en la que hay una cotitularidad sobre todos los bienes que la integran que excluye la atribución de cuotas partes sobre los mismos, por tratarse de una comunidad germánica, en la que está vedada la disposición de los bienes por cualquiera de los cónyuges pero, en ningún caso lo está la administración y gestión de los mismos (sentencias del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1998 y 10 de julio de 2005).

En base a la misma doctrina, esta Dirección consideró reiteradamente que acreditado el carácter ganancial de las participaciones y la concurrencia de causa de disolución, el cónyuge no titular estaba legitimado para el ejercicio del derecho reconocido en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital afirmando que no debe confundirse el supuesto de comunidad postganancial con el previsto en el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital, relativo a la copropiedad de participaciones y acciones, dado que se trata de comunidades de bienes radicalmente distintas.

8. Posteriormente esta antigua doctrina fue objeto de revisión por no existir causa fundada para aplicar a la comunidad postganancial un régimen distinto del previsto por el ordenamiento para cualquier género de comunidad. Así lo expresa el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital con toda claridad: «La misma regla se aplicará a los demás supuestos de cotitularidad de derechos sobre participaciones o acciones». Así lo ha afirmado de forma reiterada esta Dirección en relación a otras comunidades de tipo germánico como la que surge al fallecimiento del socio titular entre los llamados a su herencia (resoluciones de 28 de julio y 3 de noviembre de 2014).

Consecuentemente cuando se ponga de manifiesto ante la sociedad el hecho de la disolución de la sociedad de gananciales de la que forma parte el socio titular y la consecuente existencia de una situación de cotitularidad postganancial, será de plena aplicación la previsión del artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital en cuanto exige «designar una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio» pues sólo así se agota el conjunto de intereses presentes en la comunidad (*vide* sentencia del Tribunal Supremo 50/2005 de 14 de febrero).

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

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

Así lo entiende la sentencia 45/2006 de 7 febrero, de la Audiencia Provincial de Murcia cuando afirma: «…como resultado, de todo lo expuesto, que en este nuevo régimen jurídico derivado de la disolución de la sociedad de gananciales, aquellos pactos iniciales referidos al reparto de la titularidad nominal de las acciones, carecen de validez, y por tanto han de declararse nulos los acuerdos sociales adoptados conforme a los mismos en la Junta General de Socios celebrada el día 7 de mayo de 2005 por infracción de lo dispuesto en el artículo 35 LSRL relativo a las reglas de copropiedad de participaciones sociales» (en sentido similar la sentencia 393/2010, de 11 de marzo de la Audiencia Provincial de A Coruña).

9. Distinto es el supuesto en el que entre los cónyuges exista una contienda judicial pues en este caso, a falta de acuerdo, lo procedente es suspender el procedimiento de designación de auditor hasta que recaiga resolución judicial firme de la que resulte la titularidad de las acciones o participaciones.

Como ha reiterado esta Dirección (resoluciones de 22 de septiembre de 2012, 13 de mayo y 20 de diciembre de 2013 y 31 de enero, 5 de agosto, 1 de octubre y 10 de diciembre de 2014, entre las más recientes), procede la suspensión del procedimiento cuando se está discutiendo en vía judicial la legitimación del conjunto de acciones o participaciones en que se funde, como ocurre en los procedimientos judiciales de separación o divorcio en los que se discute su carácter ganancial o su liquidación o ambas cuestiones.

Constituye una excepción el supuesto en el que existe un pronunciamiento del juez que conoce del procedimiento sobre la persona que debe ejercitar los derechos inherentes a la condición de socio (*vide* resoluciones de 31 de marzo y 23 de abril de 2014), pues con independencia de a quien se atribuyan finalmente la totalidad o parte de las acciones o participaciones en liquidación se ha adoptado una medida aplicable a la situación interina que debe ser respetada tanto por la sociedad como por el Registrador Mercantil (*vide* sentencia 541/2010 de 9 diciembre, de la audiencia Provincial de La Coruña en un supuesto de comunidad hereditaria).

10. De los hechos expuestos al principio de la presente resulta que las participaciones que ostenta el socio tienen carácter ganancial, así como que la sociedad de gananciales se encuentra en proceso de disolución en un proceso judicial de divorcio contencioso y, en lo que respecta a las citadas participaciones, sin liquidar.

De conformidad con la doctrina expuesta en los considerandos anteriores procedería la desestimación del recurso por falta de legitimación de la solicitante al estar ante el supuesto del artículo 126 de la Ley de Sociedades de

Capital y no resultar del expediente la designación de un representante frente a la sociedad. Ahora bien, la concreta situación fáctica hace preciso que, de conformidad con la doctrina expresada en la sentencia de la Audiencia Provincial de la Coruña de fecha 11 de marzo de 2010 (sentencia núm. 111/2010, sección cuarta, dictada contra resolución de esta Dirección General), sea forzoso reconocer que de actuar así se estaría dejando en situación de profunda desigualdad a las partes interesadas en la sociedad. Ciertamente el sentido del artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital protege a la sociedad frente a situaciones de comunidad obligando a que los comuneros actúen como si existiese un único interés frente a la sociedad. Cuando, en supuestos como el presente, existe una 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 artículo 398 III del CC, y, en el supuesto litigiosos analizado, no vemos en definitiva argumentos susceptibles de ser acogidos para considerar ilegítima la actuación del Registro Mercantil, hallándose justificada la pretensión de la apelada de estar informada de la situación patrimonial real de las sociedades de cuyas acciones y participaciones sociales es condueña, resultando difícilmente justificado que el otro cotitular de tales títulos valores tenga privilegiada información al respecto, dados los cargos sociales que ostenta, y que la demandada carezca de medios legales para obtenerla. El art. 7 del Código Civil también tiene algo que decir al respecto.».

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar la resolución del Registrador Mercantil de Burgos, don Ramón Vicente Modesto Caballero, de fecha 26 de febrero de 2019, 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, 7 de junio de 2019 (1.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de Burgos.

Resolución de 7 de junio de 2019 (2.ª)

En el expediente 55/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Codenso Infraestructuras, S.L.».

HECHOS

I

Don …… presentó escrito de fecha 21 de febrero de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Badajoz, en el que tuvo su entrada el día 22 del mismo mes, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5 % del capital social de «Alonso González 2000, S.L.»., el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 25 de febrero de 2019 en el domicilio social siendo recibido el día 4 marzo, formulando oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito de 15 de marzo presentado el día siguiente, alegando que el solicitante carece de legitimación «al no tener un 5 % de las participaciones». Dicho escrito fue presentado en el Registro Mercantil de Badajoz el día 18 de marzo, una vez vencido el plazo legalmente previsto para formular oposición.

III

El Registrador Mercantil de Badajoz, don Juan Enrique Pérez y Martín, dictó resolución en fecha 14 de marzo de 2019 por la que acordó estimar la solicitud y proceder al nombramiento de auditor para el ejercicio 2018.

Mediante resolución de 19 de marzo, don Juan Enrique Pérez y Martín acordó la inadmisión de la oposición formulada por extemporaneidad en su presentación, siendo notificada a la mercantil el día 22 de marzo de 2019.

IV

Don ……, interviniendo en nombre de la sociedad, por escrito de fecha 10 de abril de 2019, que tuvo entrada el día 28 del mismo mes en el Registro Mercantil de Badajoz, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución. En dicho escrito reitera la falta de legitimidad del solicitante al no ser titular de más del 5 % del capital social.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.

El presente recuso plantea una cuestión que hace ocioso el examen de las restantes. Dicha cuestión no es otra que la relativa al plazo de interposición del presente recurso de alzada.

Esta Dirección General se ha pronunciado sobre los recursos procedentes ante la misma en sede de los expedientes de jurisdicción voluntaria en el ámbito del Registro Mercantil en contestación a la consulta formulada por el Registrador Mercantil de Barcelona Número II en fecha 21 de junio de 2016. En la misma concluye que «son dos los recursos admisibles contra las decisiones de los registradores mercantiles en los expedientes de jurisdicción voluntaria que les son asignados por las leyes. El primero, con carácter único, o alternativo-potestativo, según los casos, ante la Dirección General de los Registros y del Notariado que se tramitará conforme a la Ley 30/92, hasta el 1 de octubre de 2016 y por la Ley 39/2015 a partir de esa fecha, en lo que le fuera aplicable, dada la especial naturaleza del recurso, y el segundo, directamente, en su caso, o una vez resuelto el único o potestativo recurso por esta Dirección General, ante el Juez de lo Mercantil que deberá tramitarse conforme a lo dispuesto en el artículo 20.2 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, Ley 15/2015, es decir, por los trámites del juicio de revisión del artículo 454 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y en todo caso y si el expediente se hubiera tramitado sin oposición de ningún interesado, también sería posible el recurso del artículo 354.2 RRM, que proporcionará, dada la simplicidad de sus trámites, mayor celeridad a todo el proceso, en beneficio del ciudadano».

Al respecto cabe señalar que el artículo 354.3 del Reglamento del Registro Mercantil dispone taxativamente que la decisión del Registrador Mercantil declarando la procedencia o improcedencia del nombramiento podrá recurrirse en alzada ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en el plazo de quince días, comenzando el cómputo de dicho plazo a partir del día siguiente a la notificación de la resolución. En el caso presente nos encontramos ante un expediente tramitado habiendo formulado que la sociedad «Alonso González 2000, S.L.», oposición extemporáneamente, resultando del mismo que la notificación de la resolución de 19 de marzo del Registrador Mercantil de Badajoz se recibió el día 22, mientras que el recurso de alzada que hoy se resuelve se presentó en el Registro Mercantil el día 28 de marzo, es decir, una vez vencido el plazo de quince días para su interposición.

Resultando que la resolución que se pretende impugnar alcanzó en dicha fecha el estado de firmeza no cabe sino inadmitir el presente recurso de alzada.

En su virtud, esta Dirección General resuelve inadmitir el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Badajoz, don Juan Enrique Pérez y Martín, de fecha 18 de marzo 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, 7 de junio de 2019 (2.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de Badajoz.

Resolución de 7 de junio de 2019 (3.ª)

En el expediente 61/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Dehesa de las Navas, S.L.».

HECHOS

I

Doña …… presenta escrito de fecha 21 de marzo de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Badajoz, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5 % del capital social de la mercantil «Dehesa de las Navas, S.L.».(titular del 50 % del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

Junto con dicho escrito de solicitud acompaña copia de la escritura de constitución de la sociedad de fecha 11 de marzo de 2016 otorgada ante doña Teresa Moñino Díaz, Notario de Fuente de Cantos; y de la escritura otorgada el 20 de marzo de 2019 ante don Víctor Alonso-Cuevillas Fortuny, Notario de Palma de Mallorca, por la que la solicitante acepta la herencia de don ……, titular de las participaciones sociales de la referida mercantil, y se adjudica el pleno dominio de la misma (estipulación segunda).

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 21 de marzo de 2019 en el domicilio social, siendo recibida el día 26 del mismo mes.

La mercantil formula oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito de 29 de marzo de 2019 presentado el día 1 de abril del mismo año, negando la legitimidad de la solicitante al «no haber realizado la preceptiva notificación de cambio de titularidad de las participaciones sociales a su favor con anterioridad».

III

El Registrador Mercantil de Badajoz, don Juan Enrique Pérez y Martín, dictó resolución en fecha 3 de abril de 2019 por la que acordó «desestimar la oposición efectuada» procediendo al nombramiento de auditor a instancia del socio minoritario.

IV

Don ……, administrador único de la sociedad, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 3 de abril de 2019, reiterando los argumentos expuestos en el escrito de oposición.

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 *intuitu personae* entre la empresa o entidad y el profesional que recibe el encargo de llevar a efecto la revisión.» Y más adelante continúa: «La designación se verifica no en razón de condiciones o circunstancias que puedan concurrir en un determinado profesional, sino por un mecanismo aleatorio que tiene por base una consideración de equivalencia o igualdad entre los profesionales inscritos en las listas.» Para terminar afirmando que: «Hay que añadir a ello la consolidada opinión emitida reiteradas veces por la Dirección General de Registros y del Notariado…en orden a considerar que el derecho del accionista a solicitar la auditoría prevista en el artículo 265.2 LSA queda enervado por el encargo de una auditoría voluntariamente realizado por los administradores…estimándose indiferente el origen de la designación (Juez, Registrador, Órganos sociales), lo que viene razonándose en el sentido de que dicho auditor ha de conducirse en sus actua-

ciones bajo estrictos y exclusivos criterios de independencia y de profesionalidad…ya que la finalidad del artículo 265.2 LSA no es que la auditoría se realice a instancia de un determinado socio sino que aquella efectivamente se realice y el socio pueda tener perfecto conocimiento de la contabilidad de la sociedad».

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

Inscrito el nombramiento de auditor voluntario el depósito de las cuentas sólo puede llevarse a cabo si vienen acompañadas del oportuno informe de verificación. Así lo ha sancionado expresamente la modificación del artículo 279 de la Ley de Sociedades de Capital (que entró en vigor el día 1 de enero de 2016; disposiciones finales cuarta y decimocuarta de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas), cuando dice en su inciso final: «Los administradores presentarán también, el informe de gestión, si fuera obligatorio, y el informe del auditor, cuando la sociedad esté obligada a auditoría por una disposición legal o ésta se hubiera acordado a petición de la minoría o de forma voluntaria y se hubiese inscrito el nombramiento de auditor en el Registro Mercantil.»

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

2. El objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital prevé para que se acuerde la pertinencia 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.

3. En el presente expediente el recurso planteado no puede prosperar por el motivo anteriormente alegado. En primer lugar, no ha quedado desvirtuada la legitimidad del solicitante pues junto con el escrito que dio lugar al inicio

del expediente se acompañaron copia de la escritura de constitución de la sociedad de fecha 11 de marzo de 2016, otorgada ante doña Teresa Moñino Díaz, notario de Fuente de Cantos; y de la escritura otorgada el 20 de marzo de 2019 ante don Víctor Alonso-Cuevillas Fortuny por la que la solicitante acepta la herencia de don ……, titular de las participaciones sociales de la referida mercantil, y se adjudica el pleno dominio de la misma; aportando un principio de prueba relativo a la legitimación de la solicitante para instar el presente expediente sin que el fondo del mismo haya sido desvirtuado por la mercantil.

Efectivamente, dicho principio de prueba no ha sido desvirtuado por la sociedad al no aportar prueba alguna que contradiga tal condición, vertiendo sólo manifestaciones relativas a la posterior notificación a la misma del cambio de titularidad de las participaciones sociales, sin siquiera negar la titularidad misma de dichas participaciones en favor de la instante. Así, la sociedad pretende que como consecuencia de la notificación posterior a la mercantil del cambio de titularidad de las participaciones sociales se niegue la legitimidad de la solicitante, resultando que la misma recurrente confirma la efectiva puesta en su conocimiento el día 27 de marzo, dentro del plazo anteriormente citado de los tres meses posteriores al cierre del ejercicio social. Por tanto, el presente recurso no puede prosperar.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Badajoz, don Juan Enrique Pérez y Martín, de fecha 3 de abril de 2019, por la que acordó desestimar la oposición efectuada y proceder al nombramiento de auditor a instancia del socio minoritario.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución 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, 7 de junio de 2019 (3.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de Badajoz.

Resolución de 7 de junio de 2019 (4.ª)

En el expediente 62/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Profesonal Sportsverd Futbol, S.L.».

HECHOS

I

Don …… presentó escrito de fecha 15 de marzo de 2019 dirigido al Registro Mercantil de Tarragona, 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 «Profesonal Sportsverd Futbol, S.L.». (en concreto, titular del 29,94 %), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

II

La sociedad se opuso a la pretensión de los socios por medio de escrito de fecha 15 de abril de 2019 alegando, en esencia, que la solicitud realizada lo es para complicar la gestión de la sociedad, generando dificultades en la gestión y un gasto que en ningún caso es necesario para la marcha de la sociedad, además de cuestiones y conflictos personales entre los socios de tipo laboral y contractual.

III

El Registrador Mercantil de Tarragona, don Juan Enrique Ballester Colomer, dictó resolución de fecha 18 de abril de 2019, 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 de fecha 29 de abril de 2019, que tuvo su entrada el día 30 del mismo 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 a las cuestiones y conflictos personales entre los socios en atención a las distintas relaciones existentes entre ellos de tipo laboral y contractual, 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 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).

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 de tipo laboral y contractual 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 estable-

cidos 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. 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 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 gasto que en ningún caso es necesario para la marcha de 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.

3. Lo anterior, unido al cumplimiento por la solicitante de los requisitos exigidos por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, que no han sido desvirtuados por la sociedad en el expediente, esto es, representando 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 2018.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Tarragona, don Juan Enrique Ballester Colomer, de fecha 18 de abril de 2019, 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, 7 de junio de 2019 (4.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de Tarragona.

Resolución de 7 de junio de 2019 (5.ª)

En el expediente 64/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Liberfusta, S.L.».

HECHOS

I

Don …… presentó escrito de fecha 8 de marzo de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Valencia, 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 «Liberfusta, S.L.» (titular del 46 % del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 18 de marzo de 2019 en el domicilio social. La mercantil formula oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito de 1 de abril, presentado el día 2 del mismo mes, negando la legitimidad del solicitante puesto que «don ……, carece de la condición de socio» ya que «mediante contrato privado de compraventa de fecha 24 de febrero de 2017, el indicado solicitante transmitió a don …… las 633 participaciones sociales que poseía de la entidad «Liberfusta, S.L.». Se acompaña fotocopia del referido contrato de compraventa suscrito por dos de los seis comparecientes.

III

El Registrador Mercantil de Valencia, don Rodolfo Badá Maño, dictó resolución en fecha 8 de abril de 2019 por la que acordó «denegar dichas alegaciones y proceder al nombramiento solicitado».

IV

Don ……, administrador único de la sociedad, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 8 de abril de 2019 reiterando los argumentos expuestos en el escrito de oposición.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 265.2 de 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 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). 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 pues junto con el escrito que dio lugar al inicio del expediente se acompaña copia del contrato privado de compraventa de fecha 24 de febrero de 2017 suscrito exclusivamente por dos de los comparecientes. Si bien dispone la cláusula primera que «don …… vende y transmite a don …… la totalidad de las participaciones», de la cláusula sexta del mismo resulta que «el compromiso del comprador don …… en el presente documento es de adquirir todas las participaciones sociales de Don ……» resultando por tanto del mismo una antinomia en el seno del propio documento respecto si titula una compraventa o un compromiso de venta.

Además, no debe olvidarse que la adquisición dominical en el derecho español se regula por aplicación de la teoría del título y del modo prevista con

carácter general en el artículo 609 del Código Civil, siendo requisito necesario para que se produzca la adquisición dominical no sólo el título de adquisición, sino también la oportuna *traditio* en cualquiera de sus formas reconocidas. En el presente expediente no queda acredita la efectiva entrega de las participaciones sociales ya que la prueba aportada se circunscribe al simple documento privado anteriormente referido que, además, siquiera está suscrito por todos los comparecientes.

Por último, debe recordarse lo dispuesto en el artículo 106 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital 1/2010 de 2 de julio al disponer que la «transmisión de las participaciones sociales deberá constar en documento público» y que «el adquirente de las participaciones sociales podrá ejercer los derechos de socio frente a la sociedad desde que ésta tenga conocimiento de la transmisión», requisitos que en ningún caso han sido acreditados en el presente expediente.

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.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Valencia, don Rodolfo Badá Maño, de fecha 8 de abril 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, 7 de junio de 2019 (5.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de Valencia.

Resolución de 13 junio de 2019 (1.ª)

En el expediente 53/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Inversiones Tecniban, S.L.».

HECHOS

I

Don …… presentó escrito de fecha 31 de enero de 2019 dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 21 de febrero 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 de más del 5 % del capital social de «Inversiones Tecniban, S.L.».el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

Con el referido escrito, acompaña el interesado los documentos que estima oportunos.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio por medio de escrito de fecha 1 de marzo de 2019, que tuvo su entrada en el Registro Mercantil el mismo día 1 de marzo alegando, en esencia, tener ya auditor nombrado e inscrito para el ejercicio solicitado. Con el escrito de oposición, acompaña el interesado los documentos que estima oportunos.

III

El Registrador Mercantil de Madrid, don Alfonso Ventoso Escribano, dictó resolución de fecha 4 de marzo de 2019, por la que resuelve desestimar la solicitud de nombramiento de auditor para la revisión de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018 al tener auditor nombrado voluntariamente y haber quedado inscrito el mismo, causando la inscripción 15.ª de la hoja social, de fecha 4 de diciembre de 2018.

IV

Don ……, por escrito de fecha 4 de abril de 2019, que tuvo entrada el día 8 en el registro mercantil, interpuso recurso contra dicha resolución, aduciendo como motivo de recurso, en esencia y en lo que a este expediente interesa, que a pesar de haberse inscrito el nombramiento del auditor de cuentas no se ha garantizado el derecho del socio al informe de auditoría, pues se ha negado de manera reiterada al recurrente tanto la entrega del informe como de las cuentas anuales correspondientes, que siguen sin depositarse en el registro mercantil.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, artículo 20 del Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio, artículo 7 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, y 1.º de la Ley Hipotecaria, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. 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 *intuitu personae* entre la empresa o entidad y el profesional que recibe el encargo de llevar a efecto la revisión.» Y más adelante continúa: «La designación se verifica no en razón de condiciones o circunstancias que puedan concurrir en un determinado profesional, sino por un mecanismo aleatorio que tiene por base una consideración de equivalencia o igualdad entre los profesionales inscritos en las listas.» Para terminar afirmando que: «Hay que añadir a ello la consolidada opinión emitida reiteradas veces por la Dirección General de Registros y del Notariado…en orden a considerar que el derecho del accionista a solicitar la auditoría prevista en el artículo 265.2 LSA queda enervado por el encargo

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

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

Inscrito el nombramiento de auditor voluntario el depósito de las cuentas sólo puede llevarse a cabo si vienen acompañadas del oportuno informe de verificación. Así lo ha sancionado expresamente la modificación del artículo 279 de la Ley de Sociedades de Capital (que entró en vigor el día 1 de enero de 2016; disposiciones finales cuarta y decimocuarta de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas), cuando dice en su inciso final: «Los administradores presentarán también, el informe de gestión, si fuera obligatorio, y el informe del auditor, cuando la sociedad esté obligada a auditoría por una disposición legal o ésta se hubiera acordado a petición de la minoría o de forma voluntaria y se hubiese inscrito el nombramiento de auditor en el Registro Mercantil.»

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

2. En el presente expediente resulta por un lado que el socio presenta su solicitud en el registro mercantil con fecha 21 de febrero de 2019 y, por otro, que la sociedad acredita que nombró auditor voluntario para el mismo ejercicio con carácter previo a la solicitud, nombramiento presentado en el registro mercantil y, posteriormente, inscrito, causando la inscripción 15.ª de la hoja social, de fecha 4 de diciembre de 2018. En consecuencia, con fecha 4 de marzo de 2019, el Registrador Mercantil resuelve desestimar la solicitud de nombramiento de auditor para la revisión de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

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

3. El recurso no puede prosperar ya que ha quedado acreditado tanto el nombramiento anterior, como resulta de la propia resolución registral que forma del expediente, así como su inscripción registral. En este sentido conviene recordar el estrecho contenido del presente expediente que se limita a examinar la concurrencia o no de los requisitos objetivos que determinen la procedencia del nombramiento de auditor a instancia del socio minoritario, sin que puedan dirimirse en el seno del mismo 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, don Alfonso Ventoso Escribano, de fecha 4 de marzo de 2019, por la que resuelve desestimar la solicitud de nombramiento de auditor para la revisión de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018, al figurar ya un auditor inscrito para el ejercicio que se solicita, 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, 13 de junio de 2019 (1.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de Madrid.

Resolución de 13 de junio de 2019 (2.ª)

En el expediente 56/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Mármoles Clemente y Picón, S.L.».

HECHOS

I

Don …… presentó escrito de fecha 30 de enero de 2019 dirigido al Registro Mercantil de Huelva, 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 «Mármoles Clemente y Picón, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio por medio de escrito de fecha 6 de marzo de 2019 alegando, en esencia, que la sociedad se encuentra disuelta y en período de liquidación, falta de liquidez de la mercantil para hacer frente a los honorarios del auditor y, por último, haber puesto a disposición del socio partícipe toda la contabilidad y documentación correspondientes al ejercicio que se pretenden auditar, con lo que considera improcedente y estéril la solicitud del interesado.

III

La Registradora Mercantil de Huelva, doña Mercedes Jiménez-Alfaro Larrazábal, dictó resolución de fecha 14 de marzo de 2019, por la que acordó estimar la solicitud y declarar procedente el nombramiento para verificar las cuentas anuales del ejercicio 2018 de la sociedad en cuestión.

IV

Don ……, en nombre y representación de la sociedad, en su condición de administrador en funciones de liquidador de la misma, por escrito de fecha 3 de abril de 2019, que tuvo entrada el día 8 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, añadiendo, además, «mala fe patente 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. En primer lugar, y en cuanto a la alegación referente a que la mercantil se encuentra disuelta y en período de liquidación, el recurso no puede prosperar. Respecto de la apertura de la fase de liquidación de la mercantil, como ha reiterado esta Dirección durante la fase liquidatoria de la sociedad su personalidad jurídica subsiste hasta que se hayan cancelado en el registro los asientos referentes a la sociedad extinguida e incluso más allá en tanto no se hayan extinguido el conjunto de sus relaciones jurídicas (*vide* arts. 398 a 400 de la Ley de Sociedades de Capital y resolución de 7 de diciembre de 2012 en sede de recursos gubernativos). Además, la naturaleza esencialmente reversible de la sociedad en liquidación (art. 370 de la Ley de Sociedades de Capital y resolución en materia de recursos gubernativos de fecha 12 de marzo de 2013), justifica que durante este periodo no exista impedimento legal alguno al nombramiento de auditor a instancia de la minoría. La sociedad en el caso que nos ocupa, según resulta del expediente y de la propia resolución registral, no ha sido cancelada en el registro y subsiste la posibilidad de su reactivación por lo que procede el nombramiento de auditor solicitado (*vide* resoluciones de 9 de diciembre de 2005, 31 de octubre de 2006 y 9 de febrero de 2011 entre otras).

2. En cuanto al motivo de alegación basado en el coste económico que la petición comporta para la sociedad, en concreto, falta de liquidez de la mercantil para hacer frente a los honorarios del auditor, es cuestión sobre la que este Centro Directivo también ha tenido ocasión de pronunciarse en numerosas ocasiones. Así, alegaciones como las relativas a la situación económica de la sociedad, falta de tesorería para hacer frente a la auditoría, costes de la verificación contable, integrados esencialmente por el importe de los honorarios profesionales o, como es el presente caso, la expresa alegación de falta de liquidez de la mercantil para hacer frente a los honorarios del auditor (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 del supuesto conocimiento de la marcha de la sociedad por parte del solicitante al haber puesto la sociedad a disposición del socio la información solicitada, así como toda la contabilidad y documentación correspondientes al ejercicio que se pretenden auditar, 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.* 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).

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

En consecuencia, este Centro Directivo no puede valorar la conducta del solicitante tal como pretende la sociedad recurrente. El objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital prevé para que se acuerde la pertinencia de nombramiento de auditor a instancia de la minoría. La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la Constitución Española en relación a los arts. 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

5.–Lo anterior, unido al cumplimiento por el solicitante de los requisitos exigidos por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, que no han

sido desvirtuados por la sociedad en el expediente, esto es, representando el socio solicitante más del cinco por ciento del capital social y no habiendo transcurrido tres meses desde la fecha de cierre de dicho ejercicio, procede el nombramiento solicitado de auditor que efectúe la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2018.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la Registradora Mercantil de Huelva, doña Mercedes Jiménez-Alfaro Larrazábal, de fecha 14 de marzo de 2019, por la que acordó estimar la solicitud y declarar procedente el nombramiento para verificar las cuentas anuales del ejercicio 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución 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 junio de 2019 (2.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de Huelva.

Resolución de 13 de junio de 2019 (3.ª)

En el expediente 67/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Frutier Joyas de Fruta, S.L.».

HECHOS

I

Don ……presenta escrito de fecha 21 de enero de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, en el que tuvo su entrada el día 6 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 «Frutier

Joyas de Fruta, S.L.». (titular del 19,5 % del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 11 de marzo de 2019 en el domicilio social, que es recibido el día 14 del mismo mes. La mercantil formula oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito de 18 de marzo, indicando que «no se le ha dado traslado de los documentos adjuntos a la solicitud» y que «el nombramiento solicitado es económicamente injustificado e inoportuno, habida cuenta que la sociedad está en una situación frágil y delicada, y este nombramiento conllevaría un gasto que la sociedad no podrá afrontar».

III

El Registrador Mercantil de Barcelona V, don Jesús Santos y Ruiz de Eguilaz, dictó resolución en fecha 27 de marzo de 2019 por la que acordó «no admitir la oposición interpuesta y que procede al nombramiento de auditor solicitado».

IV

Don ……, en su condición de administrador solidario de la sociedad, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 27 de marzo reiterando el primero de los argumentos expuestos en el escrito de oposición, es decir, la falta de traslado a la mercantil junto con el escrito de solicitud de los documentos complementarios, incurriendo en «nulidad o subsidiariamente, anulabilidad».

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 a dicha doctrina (resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012, 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, 13 de mayo,17 de junio de 2014 y de 24 de septiembre de 2015 entre otras muchas), este Centro Directivo ha mantenido que la finalidad del artículo 265.2 de la Ley de Socie-

dades de Capital es la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la estructura empresarial, para lo cual dicho artículo reconoce y regula el derecho a la verificación de la contabilidad social por un profesional independiente nombrado por el Registrador Mercantil a instancia de los socios que reúnan un mínimo de participaciones sociales o acciones equivalentes al 5 % del capital social y siempre que presenten su solicitud en los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social.

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

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

2. 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). 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.

3. En el presente expediente el recurso planteado no puede prosperar por el motivo anteriormente referido, al no haber quedado desvirtuada la legitimidad del solicitante puesto que 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. Centra el recurso en la falta de traslado de los documentos complementarios aportados junto con la instancia que dio inicio al expediente. Como resulta de la propia resolución recurrida el solicitante no acompañó documento alguno que constituyera el principio de prueba de su legitimidad, sino que muy al contrario fue el propio funcionario calificador el que, conforme a la reiterada doctrina de este Centro Directivo, constató tal extremo al desprenderse de la inscripción segunda de la hoja social. Por tanto, debe concluirse la concurrencia de los presupuestos que dan origen al presente expediente: la legitimación del solicitante, resultando ser titular del al menos el 5 % del capital social según la inscripción segunda de la Hoja Social B-76761 del Tomo 45099; el cumplimiento del plazo de tal solicitud, que se haga en los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social, al haber sido presentada el día 6 de marzo; y que la sociedad no haya enervado el derecho del socio minoritario, al no resultar inscrito nombramiento de auditor alguno en la hoja 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.

En su virtud, esta Dirección General resuelve propone desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Barcelona V, don Jesús Santos y Ruiz de Eguilaz, de fecha 27 de marzo 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, 13 de junio de 2019 (3.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de Barcelona.

Resolución de 13 de junio de 2019 (4.ª)

En el expediente 74/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Altare Energía, S.A.».

HECHOS

I

Doña …… presentó escrito de fecha 19 de marzo 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 265.2 de la Ley 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 «Altare Energía, S.A.». (titular del 25,00 % del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 20 de marzo de 2019 en el domicilio social siendo recibido el día 25, formulando oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito de 28 de marzo, presentado el día siguiente, alegando que «venimos a oponernos al mencionado nombramiento solicitado negando la legitimación de la solicitante» ya que «la dirección de la empresa no tiene conocimiento que doña …… sea titular directa de ninguna acción dentro de la sociedad».

III

La Registradora Mercantil de Madrid, doña Concepción Rodríguez Gil, dictó resolución de fecha 5 de abril de 2019 por la que acordó «no haber lugar a la oposición formulada y por tanto proceder al nombramiento de auditor de cuentas para el ejercicio 2018 de la sociedad «Altare Energía, S.A.».

IV

Don ……, administrador solidario de la mercantil, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 5 de abril, alegando que «siendo cierto que el matrimonio formado por don …… y doña …… fue disuelto por sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 80 de los de Madrid, no es menos cierto que por parte de ambos no se ha procedido a la liquidación de sus gananciales, no teniendo conocimiento esta sociedad que exista procedimiento alguno al efecto» constituyendo por tanto una comunidad postganancial. Concluye su escrito de oposición indicando que «parece obvio que estaríamos en una situación de litispendencia, en cuyo caso y hasta que no exista requerimiento judicial o resolución definitiva tendríamos que estar a expensas de los requerimientos o decisiones que correspondan por el juzgado que conozca las pretensiones de las partes».

Por último, debe tenerse en consideración en el presente expediente que el cotitular don …… ostenta el cargo de administrador solidario de la 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 *intuitu personae* entre la empresa o entidad y el profesional que recibe el encargo de llevar a efecto la revisión.» Y más adelante continúa: «La designación se verifica no en razón de condiciones o circunstancias que puedan concurrir en un determinado profesional, sino por un mecanismo aleatorio que tiene por base una consideración de equivalencia o igualdad entre los profesionales inscritos en las listas.» Para terminar afirmando que: «Hay que añadir a ello la consolidada opinión emitida reiteradas veces por la Dirección General de Registros y del Notariado…en orden a considerar que el derecho del accionista a solicitar la auditoría prevista en el artículo 265.2 LSA queda enervado por el encargo de una auditoría voluntariamente realizado por los administradores…estimándose indiferente el origen de la designación (Juez, Registrador, Órganos sociales), lo que viene razonándose en el sentido de que dicho auditor ha de conducirse en sus actuaciones bajo estrictos y exclusivos criterios de independencia y de profesionalidad…ya que la finalidad del artículo 265.2 LSA no es que la auditoría se realice a instancia de un determinado socio sino que aquella efectivamente se realice y el socio pueda tener perfecto conocimiento de la contabilidad de la sociedad».

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 1987, citada por la propia recurrente, en la que se señala que «en tanto que bien ganancial, la participación social estará sujeta al régimen de gestión de los bienes gananciales, en el que, si bien es regla general la cogestión, es indudable la aplicación del inciso primero del 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 postganancial con el previsto en el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital, relativo a la copropiedad de participaciones y acciones, dado que se trata de comunidades de bienes radicalmente distintas.

8. Posteriormente esta antigua doctrina fue objeto de revisión por no existir causa fundada para aplicar a la comunidad postganancial un régimen distinto del previsto por el ordenamiento para cualquier género de comunidad. Así lo expresa el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital con toda claridad: «La misma regla se aplicará a los demás supuestos de cotitularidad de derechos sobre participaciones o acciones». Así lo ha afirmado de forma reiterada esta Dirección en relación a otras comunidades de tipo germánico como la que surge al fallecimiento del socio titular entre los llamados a su herencia (resoluciones de 28 de julio y 3 de noviembre de 2014).

Consecuentemente cuando se ponga de manifiesto ante la sociedad el hecho de la disolución de la sociedad de gananciales de la que forma parte el socio titular y la consecuente existencia de una situación de cotitularidad postganancial, será de plena aplicación la previsión del artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital en cuanto exige «designar una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio» pues sólo así se agota el conjunto de intereses presentes en la comunidad (*vide* sentencia del Tribunal Supremo 50/2005 de 14 de febrero).

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

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

Así lo entiende la sentencia 45/2006 de 7 febrero, de la Audiencia Provincial de Murcia cuando afirma: «…como resultado, de todo lo expuesto, que en este nuevo régimen jurídico derivado de la disolución de la sociedad de gananciales, aquellos pactos iniciales referidos al reparto de la titularidad nominal de las acciones, carecen de validez, y por tanto han de declararse nulos los acuerdos sociales adoptados conforme a los mismos en la Junta General de Socios celebrada el día 7 de mayo de 2005 por infracción de lo dispuesto en el artículo 35 LSRL relativo a las reglas de copropiedad de participaciones sociales» (en sentido similar la sentencia 393/2010, de 11 de marzo de la Audiencia Provincial de A Coruña).

9. Distinto es el supuesto en el que entre los cónyuges exista una contienda judicial pues en este caso, a falta de acuerdo, lo procedente es suspender el procedimiento de designación de auditor hasta que recaiga resolución judicial firme de la que resulte la titularidad de las acciones o participaciones.

Como ha reiterado esta Dirección (resoluciones de 22 de septiembre de 2012, 13 de mayo y 20 de diciembre de 2013 y 31 de enero, 5 de agosto, 1 de octubre y 10 de diciembre de 2014, entre las más recientes), procede la suspensión del procedimiento cuando se está discutiendo en vía judicial la legitimación del conjunto de acciones o participaciones en que se funde, como ocurre en los procedimientos judiciales de separación o divorcio en los que se discute su carácter ganancial o su liquidación o ambas cuestiones.

Constituye una excepción el supuesto en el que existe un pronunciamiento del juez que conoce del procedimiento sobre la persona que debe ejercitar los derechos inherentes a la condición de socio (*vide* resoluciones de 31 de marzo y 23 de abril de 2014), pues con independencia de a quien se atribuyan finalmente la totalidad o parte de las acciones o participaciones en liquidación se ha adoptado una medida aplicable a la situación interina que debe ser respetada tanto por la sociedad como por el Registrador Mercantil (*vide* sentencia 541/2010 de 9 diciembre, de la audiencia Provincial de La Coruña en un supuesto de comunidad hereditaria).

10. De los hechos expuestos al principio de la presente resulta que las participaciones que ostenta el socio tienen carácter ganancial, así como que la sociedad de gananciales se encuentra en proceso de disolución en un proceso judicial de divorcio contencioso y, en lo que respecta a las citadas participaciones, sin liquidar.

De conformidad con la doctrina expuesta en los considerandos anteriores procedería la estimación del recurso por falta de legitimación de la solicitante al estar ante el supuesto del artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital y

no resultar del expediente la designación de un representante frente a la sociedad. Ahora bien, la concreta situación fáctica hace preciso que, de conformidad con la doctrina expresada en la sentencia de la Audiencia Provincial de la Coruña de fecha 11 de marzo de 2010 (sentencia núm. 111/2010, sección cuarta, dictada contra resolución de esta Dirección General), sea forzoso reconocer que de actuar así se estaría dejando en situación de profunda desigualdad a las partes interesadas en la sociedad. Ciertamente el sentido del artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital protege a la sociedad frente a situaciones de comunidad obligando a que los comuneros actúen como si existiese un único interés frente a la sociedad. Cuando, en supuestos como el presente, existe una 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 artículo 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.».

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la Registradora Mercantil de Madrid, doña Concepción Rodríguez Gil, de fecha 5 de abril de 2019, 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, 13 de junio de 2019 (4.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de Madrid.

Resolución de 13 de junio de 2019 (5.ª)

En el expediente 82/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Electrónica San Telmo, S.L.».

HECHOS

I

Don …… presentó escrito de fecha 28 de marzo de 2019 dirigido al Registro Mercantil de Tenerife, 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 «Electrónica San Telmo, S.L.» el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio por medio de escrito de fecha 9 de abril de 2019 que tuvo su entrada en el Registro Mercantil el día 20 del mismo mes alegando, en esencia, tener ya auditor nombrado para el ejercicio solicitado.

III

La Registradora Mercantil de Tenerife, doña Ana Margarita López Rubio, dictó resolución de fecha 15 de abril de 2019, por la que resuelve no proceder al nombramiento de auditor de cuentas para el ejercicio 2018, toda vez que ya consta inscrito auditor para dicho ejercicio, en concreto, así se desprende de la inscripción 6.ª de la hoja social.

IV

Don ……, por escrito de fecha 9 de mayo de 2019, que tuvo entrada el mismo día 9 en el registro mercantil, interpuso recurso contra dicha resolución, aduciendo, en esencia, como motivo de recurso, y según se desprende del mismo, que la sociedad ha ocultado maliciosamente un acuerdo de junta general extraordinaria de fecha 14 de marzo de 2019 por el que, con el único voto a favor del administrador de la sociedad, se acordó renunciar al nombramiento a la auditoría de la sociedad establecida para los ejercicios 2018 y 2019, revocando el nombramiento de auditor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 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 *intuitu personae* entre la empresa o entidad y el profesional que recibe el encargo de llevar a efecto la revisión.» Y más adelante continúa: «La designación se verifica no en razón de condiciones o circunstancias que puedan concurrir en un determinado profesional, sino por un mecanismo aleatorio que tiene por base una consideración de equivalencia o igualdad entre los profesionales inscritos en las listas.» Para terminar afirmando que: «Hay que añadir a ello la consolidada opinión emitida reiteradas veces por la Dirección General de Registros y del Notariado…en orden a considerar que el derecho del accionista a solicitar la auditoría prevista en el artículo 265.2 LSA queda enervado por el encargo de una auditoría voluntariamente realizado por los administradores…estimándose indiferente el origen de la designación (Juez, Registrador, Órganos sociales), lo que viene razonándose en el sentido de que dicho auditor ha de conducirse en sus actuaciones bajo estrictos y exclusivos criterios de independencia y de profesionalidad…ya que la finalidad del artículo 265.2 LSA no es que la auditoría se realice a instancia de un determinado socio sino que aquella efectivamente se realice y el socio pueda tener perfecto conocimiento de la contabilidad de la sociedad».

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

Inscrito el nombramiento de auditor voluntario el depósito de las cuentas sólo puede llevarse a cabo si vienen acompañadas del oportuno informe de verificación. Así lo ha sancionado expresamente la modificación del artículo 279 de la Ley de Sociedades de Capital (que entró en vigor el día 1 de enero de 2016; disposiciones finales cuarta y decimocuarta de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas), cuando dice en su inciso final: «Los administradores presentarán también, el informe de gestión, si fuera obligatorio, y el informe del auditor, cuando la sociedad esté obligada a auditoría por una disposición legal o ésta se hubiera acordado a petición de la minoría o de forma voluntaria y se hubiese inscrito el nombramiento de auditor en el Registro Mercantil.»

A falta de inscripción en el Registro Mercantil de la designación de auditor voluntario, sólo la aportación al expediente del informe de verificación o la

justificación de que se ha entregado al socio solicitante pueden enervar la procedencia de designación de auditor por el registrador mercantil.

2. En el presente expediente resulta por un lado que el socio presenta su solicitud en el registro mercantil con fecha 29 de marzo de 2019 y, por otro, que la sociedad acredita que nombró auditor voluntario para el mismo ejercicio con carácter previo a la solicitud, quedando inscrito, causando la inscripción 6.ª de la hoja social, según resulta del expediente en cuestión. En consecuencia, con fecha 15 de abril de 2019, la expresada registradora dicta resolución por la que deniega la petición formulada por el socio solicitante don …… No constando además presentado ni inscrito revocación del auditor inscrito, a la fecha de remisión del expediente, esto es, a fecha 13 de mayo de 2019, según informa la registradora.

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

3. El recurso no puede prosperar ya que ha quedado acreditado tanto el nombramiento anterior, como resulta de la propia resolución registral que forma del expediente, así como su inscripción registral. En este sentido conviene recordar el estrecho contenido del presente expediente que se limita a examinar la concurrencia o no de los requisitos objetivos que determinen la procedencia del nombramiento de auditor a instancia del socio minoritario, sin que puedan dirimirse en el seno del mismo 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 Tenerife, doña Ana Margarita López Rubio, de fecha 15 de abril de 2019, por la que resuelve no proceder al nombramiento de auditor de cuentas para el ejercicio 2018, toda vez que ya consta inscrito auditor para dicho ejercicio, en concreto, así se desprende de la inscripción 6.ª de la hoja social, 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, 13 de junio de 2019 (5.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de Tenerife.

Resolución de 13 de junio de 2019 (6.ª)

En el expediente 86/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Hermanos Leiva Lara, S.L.».

HECHOS

I

Don …… presentó escrito de fecha 28 de marzo de 2019 dirigido al Registro Mercantil de Córdoba, en el que tuvo su entrada, según resulta del expediente obrante en esta Dirección General, el día tres de abril de 2019, consignado en la oficina Postal de Correos con fecha 29 de marzo 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 de más del 5 % del capital social de «Electrónica San Telmo, S.L.». (en concreto, titular del 33,33 %), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio por medio de escrito de fecha 26 de abril de 2019 alegando, en esencia, que el socio instante ha tenido en todo momento acceso a la información económica que haya solicitado, mala fe por parte del mismo instante, así como cuestiones y conflictos personales entre los socios de tipo laboral.

III

El Registrador Mercantil de Córdoba, don Francisco Manuel Galán Ortega, dictó resolución de fecha 6 de mayo de 2019, por la que acordó no admitir la oposición y estimar la solicitud de nombramiento de auditor presentada.

IV

Don …… y don ……, en nombre y representación de la sociedad, en su condición de administradores solidarios de la misma, por escrito de fecha 16 de mayo de 2019, que tuvo su entrada el día 17 del mismo mes en el Registro Mercantil, interpusieron 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 a las cuestiones y conflictos personales entre los socios de tipo laboral, relacionado también con la alegación de mala fe por parte del 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 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).

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 de tipo laboral y contractual 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. En segundo lugar, y por lo que se refiere a la alegación del supuesto conocimiento de la marcha de la sociedad por parte del solicitante, en concreto, según se desprende del escrito de recurso, que el socio instante siempre ha tenido acceso a cuanta información económica y mercantil ha ido solicitando, conociendo de primera mano el estado de la sociedad en todo momento; 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.* arts. 196 y 197 en relación con los artículos 253 y 272 de la Ley de Sociedades de Capital). Téngase en cuenta que el objeto de este expediente no es determinar si el socio minoritario puede acceder o no a la información contable sino si tiene derecho a que se designe un auditor a fin de obtener una opinión técnica, independiente e imparcial sobre si las cuentas «expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación»

(art. 1 del Real Decreto Legislativo 22/2015, de 21 de julio 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 2018.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Córdoba, don Francisco Manuel Galán Ortega, de fecha 6 de mayo de 2019, 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, 13 de junio de 2019 (6.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de Córdoba.

Resolución de 13 de junio de 2019 (7.ª)

En el expediente 87/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Terrenos Urbanizaciones y Construcciones Devero, S.L.».

HECHOS

I

Doña …… presentó escrito de fecha 27 de marzo de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Málaga, 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 «Terrenos Urbanizaciones y Construcciones Devero, S.L.» el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil en el domicilio social por correo certificado con acuse de recibo, formulando oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito de fecha 20 de abril de 2019, que tuvo su entrada en el registro mercantil el día 25 del mismo mes. En dicho escrito de oposición se alega, en esencia, la condición de administradora mancomunada de la solicitante, con lo que, según se manifiesta, «estando en disposición de toda la información relativa a la entidad».

III

El Registrador Mercantil de Málaga III, don José Miguel Crespo Monerri, dictó resolución de fecha 2 de mayo de 2019 por la que acordó desestimar la oposición efectuada y estimar el nombramiento de auditor solicitado para el ejercicio 2018.

IV

Doña …… y doña ……, en su condición de administradoras mancomunadas de la mercantil, según resulta del expediente, interpusieron recurso ante esta Dirección General contra la anterior resolución de fecha 2 de mayo de 2019, 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 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 de oposición expuesto carece 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 administradora mancomunada de la solicitante, 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, como es el caso que nos ocupa, 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, la socia solicitante es efectivamente administradora mancomunada, por tanto, en este caso, debe concluirse que sí cabe apreciar la concurrencia del oportuno interés protegible en dicha socia.

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 Málaga III, don José Miguel Crespo Monerri, de fecha 2 de mayo de 2019 por la que acordó desestimar la oposición efectuada y estimar el nombramiento de auditor solicitado para el ejercicio 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución 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 junio de 2019 (7.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de Málaga.

Resolución de 13 de junio de 2019 (8.ª)

En el expediente 88/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Corno Doboy, S.L.».

HECHOS

I

Doña …… presentó escrito de fecha 27 de marzo de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Málaga, 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 «Corno Doboy, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil en el domicilio social por correo certificado con acuse de recibo, formulando oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito de fecha 20 de abril de 2019, que tuvo su entrada en el registro mercantil el día 25 del mismo mes. En dicho escrito de oposición se alega, en esencia, la condición de administradora mancomunada de la solicitante, con lo que, según se manifiesta, «estando en disposición de toda la información relativa a la entidad».

III

El Registrador Mercantil de Málaga II, don Gonzalo Diéguez Oliva, dictó resolución de fecha 2 de mayo de 2019 por la que acordó desestimar la oposición efectuada y estimar el nombramiento de auditor solicitado para el ejercicio 2018.

IV

Doña …… y doña ……, en su condición de administradoras mancomunadas de la mercantil, según resulta del expediente, interpusieron recurso ante esta Dirección General contra la anterior resolución de fecha 2 de mayo de 2019, 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 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 de oposición expuesto carece 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 administradora mancomunada de la solicitante, 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, como es el caso que nos ocupa, 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, la socia solicitante es efectivamente administradora mancomunada, por tanto, en este caso, debe concluirse que sí cabe apreciar la concurrencia del oportuno interés protegible en dicha socia.

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 Málaga II, don Gonzalo Diéguez Oliva, de fecha 2 de mayo de 2019 por la que acordó desestimar la oposición efectuada y estimar el nombramiento de auditor solicitado para el ejercicio 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución 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 junio de 2019 (8.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de Málaga.

Resolución de 13 de junio de 2019 (9.ª)

En el expediente 90/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Manufacturas Pabose, S.A.».

HECHOS

I

Don ……presentó escrito de fecha 28 de marzo de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, en el que tuvo su entrada el mismo día 28 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 «Manufacturas Pabose, S.A.» el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil en el domicilio social por correo certificado con acuse de recibo, con fecha 2 de abril de 2019, no habiendo formulando oposición en el plazo legalmente previsto.

III

La Registradora Mercantil de Barcelona VII, doña Carmen Gómez-Meana Crespo, dictó resolución de fecha 23 de abril de 2019 por la que acordó la no procedencia del nombramiento de auditor solicitado, dado que, según se desprende de la inscripción 16.ª de la hoja social, dicha compañía se rige por dos administradores solidarios, designados por plazo de cinco años, 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, don …… interpuso recurso ante esta Dirección General contra la anterior resolución de fecha 23 de abril de 2019, en el que, tras mostrar su acuerdo con la resolución registral, afirma que, si bien es cierto que cualquiera de los administradores puede ejercitar la facultad de nombrar auditor de forma voluntaria, también lo es que el otro administrador tiene la facultad de revocar o anular esa contratación, funcionando, en la práctica, como si de administradores mancomunados se tratara.

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, 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).

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la Registradora Mercantil de Barcelona VII, doña Carmen Gómez-Meana Crespo, de fecha 23 de abril de 2019 por la que acordó la no procedencia del nombramiento de auditor solicitado, dado que, según se desprende de la inscripción 16.ª de la hoja social, dicha compañía se rige por dos administradores solidarios, 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, 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 junio de 2019 (9.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de Barcelona.

Resolución de 26 de junio de 2019 (1.ª)

En el expediente 42/2019 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Montesinos Agrícola, S.L.».

HECHOS

I

Don J. P. C. presentó un escrito de fecha 8 de febrero de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Alicante, en el que solicitó, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de

Capital y como socio de «Montesinos Agrícola, S.L.», el nombramiento de un experto para que proceda a la determinación del valor razonable de las participaciones como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación.

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

a) Que la sociedad celebró junta general el día 20 de diciembre de 2018. Del acta autorizada por el notario de Elche don Daniel Tornel López en fecha 19 de diciembre de 2018 y de su diligencia del día siguiente resulta: Que la junta se constituyó con la asistencia personal o mediante representación del 84,55 % del capital social. Que tras la aprobación de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017 se sometió a votación la propuesta de aplicación del resultado. La propuesta consistía en destinar 33,55 euros a reserva legal y 301,99 euros a compensar resultados de ejercicios anteriores. La propuesta fue aprobada con el voto en contra de la representante del hoy solicitante quien manifiesta que no está de acuerdo en que se destine la totalidad del beneficio a resultados de ejercicios anteriores.

b) Que el hoy solicitante remitió burofax a la sociedad en fecha 17 de enero de 2019 por el que ponía en su conocimiento el ejercicio del derecho de separación.

c) Que no existiendo acuerdo sobre la valoración de las participaciones procede la 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 alegando: 1.º Que la sociedad se opone si bien no porque no exista acuerdo sobre la valoración de las participaciones sino por cuestiones de fondo. Que la sociedad niega la existencia de derecho de separación por su carácter abusivo y por no concurrir los requisitos legales como ya se le hizo saber al socio al contestar su notificación. 2.º Que se trata de un ejercicio claramente abusivo, sin haberlo puesto de manifiesto en ningún momento y con evidente mala fe. Que frente a un exiguo beneficio en el ejercicio de algo más de trescientos euros, en el ejercicio anterior hubo pérdidas de más de 45.000 euros. Que sin perjuicio de lo anterior no concurren los requisitos legales porque, como resulta del acta notarial, el socio no votó a favor de una propuesta de distribución de beneficios ni propuso ni solicitó complemento alguno del orden del día. Que de acuerdo con la redacción más actual del precepto tampoco hizo protesta alguna por falta de reparto de dividendo. Que el principio de estabilidad del capital impide a los socios la desinversión y recuperación de su inversión. Que la solicitud implica un cambio esencial en el contrato social al que en su día se obligó por falta de reparto de poco más de cincuenta euros.

III

El Registrador Mercantil de Alicante núm. 1, don Jaime del Valle Pintos dictó resolución en fecha 22 de febrero 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 363 del Reglamento del Registro Mercantil.

IV

Don J. P. C., actuando como presidente del consejo de administración, por escrito de fecha 28 de marzo de 2019, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en el que, tras insistir en que la oposición de la sociedad no se sustenta en la falta de acuerdo sobre la valoración de las participaciones sino en la inexistencia del derecho de separación, reitera los argumentos que por extenso se han hecho constar al referirse a la oposición de la sociedad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; artículos 346, 348, 348 bis, 349 y 353 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital; y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil; las sentencias del Tribunal Supremo 32/2006, de 23 de enero y 63/2011, de 28 de febrero; y las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de enero de 2011, 4 de febrero de 2013, 25 de julio, 17 de septiembre y 3 de noviembre de 2014, 21 de enero y 14 de mayo de 2015, 20 de septiembre, 23 de octubre, 16, 27 y 28 de noviembre, 4, 11, 22 y 28 de diciembre de 2017, 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. Celebrada junta general ordinaria de una sociedad para aprobar, entre otros acuerdos, las cuentas correspondientes al ejercicio 2017 y la propuesta de aplicación del resultado, se aprueba por la mayoría social destinar el beneficio obtenido a resultados de ejercicios anteriores *(sic)*. La representante del socio que insta el presente procedimiento vota en contra de la propuesta haciendo constar su oposición a que todo el beneficio se destine al destino referido y notifica el ejercicio de su derecho de oposición. La sociedad recurre en los términos que resultan de sus escritos de oposición y recurso.

2. El recurso no puede prosperar pues ninguno de los motivos alegados por la sociedad puede enervar el hecho de que el solicitante reúne los requisitos que para el ejercicio del derecho de separación prevé el ordenamiento jurídico.

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 (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 recepticia 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.

Por lo que se refiere al ejercicio del derecho de separación por falta de distribución de dividendo, dice así el artículo 348 bis en su redacción vigente al tiempo de adoptarse el acuerdo de aprobación de la propuesta de aplicación del resultado: «1. A partir del quinto ejercicio a contar desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad, el socio que hubiera votado a favor de la distribución de los beneficios sociales tendrá derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior, que sean legalmente repartibles. 2. El plazo para el ejercicio del derecho de separación será de un mes a contar desde la fecha en que se hubiera celebrado la junta general ordinaria de socios. 3. Lo dispuesto en este artículo no será de aplicación a las sociedades cotizadas.»

La previsión del artículo 348 bis es diáfana: el derecho de separación surge cuando concurren los requisitos en el previstos como afirma la sentencia 81/2015 de 26 marzo de la Audiencia Provincial Barcelona (Sección 15.ª): «…los presupuestos para el ejercicio del derecho de separación son los siguientes: Que la sociedad lleve cinco años inscrita en el Registro Mercantil. La norma, por tanto, sólo exige cinco años desde la inscripción, no la negativa reiterada al reparto de dividendos manifestada durante cinco ejercicios. Que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social durante el ejercicio anterior al acuerdo. Que los beneficios sean legalmente repartibles. Que el socio hubiese votado a favor de la distribución de dividendos. Que el derecho se ejercite en el plazo de un mes desde la fecha de la celebración de la junta. Que no se trate de una sociedad cotizada.»

Como resulta de los hechos, el solicitante ha acreditado el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos para el ejercicio del derecho de sepa-

ración por lo que no procede sino confirmar la resolución del registrador y desestimar el recurso.

3. Ninguno de los motivos de oposición y recurso pueden ser objeto de estimación por parte de esta Dirección General.

En primer lugar, porque no puede afirmarse que la oposición de la sociedad impide el ejercicio del derecho de separación sin perjuicio del derecho del socio a impugnar el acuerdo de aplicación del resultado.

En el procedimiento de designación de experto a instancia de socio como consecuencia de ejercicio del derecho de separación 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. El registrador no resuelve una contienda entre particulares pues se limita, como autoridad, a verificar si concurren o no los requisitos establecidos legalmente para la designación de persona que deba llevar a cabo la previsión legal de valoración de las participaciones y sin perjuicio del ejercicio de las acciones que los interesados entiendan procedentes en defensa de su derecho (*vide* resoluciones de 20 de enero de 2011 y 4 de febrero de 2013).

La sociedad afirma que se opone tajantemente a la existencia del derecho de separación por parte del socio. 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 separación tiene a su disposición las acciones previstas en el ordenamiento pero no puede pretender ni que el registrador haga dejación de la competencia legalmente atribuida ni dejar vacío de contenido el derecho del socio invirtiendo la carga procesal, obligándole a entablar un procedimiento judicial que no está previsto en el ordenamiento como requisito para el ejercicio del derecho de separación.

4. Tampoco es aceptable la apelación a la mala fe del socio o al abuso de su derecho que el ejercicio de la facultad establecida en los artículos 348 bis y 353 de la Ley de Sociedades de Capital le confieren.

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 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 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 artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital de fechas 23 de octubre de 2017 y 26 de enero, 7, 12 y22 de febrero y 13 de marzo, 4 de mayo y 6 de junio de 2018).

No altera la conclusión anterior el hecho de que el socio no haya hecho, durante la junta general, reserva alguna de ejercicio de derechos. No existe precepto alguno que exija al socio que se separa la reserva de su derecho (a diferencia de lo que ocurre con la redacción actual del precepto conforme a la redacción dada por la Ley 11/2018, de 28 de diciembre). 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. No cabe en consecuencia exigir un ejercicio o una reserva de ejercicio no prevista legalmente y que dejaría ineficaz la previsión legal de conceder un mes al socio disidente para ejercitarlo.

5. Tampoco puede apreciarse el motivo que hace referencia al sentido del voto de la representante del hoy solicitante; es decir, aquél que afirma que no se votó a favor de un reparto de dividendo como parece desprenderse de una interpretación literal del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

Resulta patente que no puede rechazarse el ejercicio del derecho de separación derivado del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital por el motivo alegado por la sociedad de que no ha existido un voto favorable de los socios a la propuesta de distribución de beneficios.

En primer lugar, porque el orden del día lo elabora el órgano de administración y, tratándose de junta ordinaria, la propuesta de aplicación del resultado lo es a instancia del propio órgano (arts. 253 y 273 de la Ley de Sociedades de Capital). De este modo, de exigirse un voto favorable a la propuesta de reparto de dividendo cuando dicha propuesta no depende del socio sino del órgano de administración se estaría privando a aquél de un derecho cuyo fundamento es, precisamente, la ausencia de propuesta de reparto de dividendo o la propuesta de reparto por debajo del umbral fijado por la Ley.

En segundo lugar, porque no puede sostenerse que el socio dispone de la facultad de exigir un complemento de convocatoria en la que se contemple

una propuesta de reparto de dividendo. Este derecho, que sólo se contempla para las sociedades anónimas, exige además que el socio que lo ejercite posea al menos un 5 % del capital de la sociedad (art. 172 de la Ley de Sociedades de Capital). De aceptarse dicha tesis dejaría fuera del ejercicio de la facultad contemplada en el artículo 348 bis a socios a quienes dicho artículo atribuye el derecho de separación, ya sean socios de sociedades de responsabilidad limitada o de una sociedad anónima por debajo del mínimo establecido.

Finalmente, es preciso interpretar el precepto en la forma más adecuada para que produzca el efecto perseguido y que se ha expuesto más arriba por extenso. Como afirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15.ª), 81/2015 de 26 marzo, para un supuesto en que el socio había votado a favor de una propuesta de reparto de dividendo por debajo del umbral establecido en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital: «… entendemos que el derecho de separación exige que el socio asistente a la junta muestre en ella su posición favorable a un reparto de dividendos en cifra superior a una tercera parte de los beneficios, de un lado, y que la junta acuerde una distribución distinta (inferior), de otro. Y esa situación se dio en el presente caso, dado que los actores, por medio de su representante, no se limitaron a votar a favor de la distribución propuesta, sino que hicieron constar en acta que esa propuesta era insuficiente, anunciando el ejercicio del derecho de separación. La demandada considera que los actores debieron instar la modificación del orden del día, para introducir una propuesta de distribución que respetara lo dispuesto en el artículo 348 bis del TRLSC. No compartimos esa alegación, que vedaría, de facto, el ejercicio del derecho de separación a aquellos socios minoritarios con un capital inferior al cinco por ciento, porcentaje exigido por el artículo 172 de la Ley para el complemento de convocatoria. Aquel precepto no exige que el socio promueva la modificación o el complemento del orden del día.»

El ejercicio del derecho contemplado en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital exige que el socio no haya votado a favor de una propuesta que no contemple el reparto, en forma de dividendo, del resultado obtenido en el ejercicio en la proporción mínima que dicho precepto contempla. En definitiva, que resulte patente la voluntad del socio de no aceptar una propuesta de aplicación del resultado que no se destine al reparto de dividendo en, al menos, la cantidad exigida por el precepto.

Así ocurre en el supuesto de hecho que da lugar a la presente en el que es patente la oposición del socio que ahora ejerce su derecho a la aprobación de la propuesta de aplicación de resultado en la forma propuesta por el órgano de administración. Entenderlo de otra manera implicaría desfigurar por completo el sentido de un precepto que, si bien es cierto que tiene una dicción poco afortunada, tiene la evidente finalidad de otorgar el derecho de separación al socio que está en desacuerdo con la propuesta de aplicación de resultado que no contemple la distribución de, al menos, un tercio en forma de dividendo.

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…». No cabe pues, en el estrecho ámbito de este expediente, atribuir una consecuencia jurídica, como pretende la recurrente, ni al hecho de que el importe del beneficio sea económicamente escaso ni que el beneficio distribuible sea aún más escaso. La norma no distingue ni un supuesto ni otro atribuyendo el derecho de separación al socio con independencia de la cuantía del beneficio repartible o de la concreta cuota de dividendo que pudiera corresponderle. Como ha quedado dicho, si la sociedad considera que este hecho debe tener consecuencias jurídicas distintas de las previstas en la norma tiene abierta la vía jurisdiccional en defensa de su derecho.

6. Por último, no cabe afirmar que el principio de estabilidad del capital o la vinculación derivada del contrato social impiden al socio el ejercicio de un derecho que la ley le atribuye. Es precisamente esta circunstancia la que justifica, en contra de las reglas generales, que un socio se separe de la sociedad. Es la propia ley la que considera que en circunstancias determinadas el socio tiene derecho a separarse de la sociedad, la que establece cuales son dichas circunstancias y la que regula sus efectos. Procede sin más la desestimación del motivo y con él, la del conjunto del recurso.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Alicante núm. 1, don Jaime del Valle Pintos de fecha 22 de febrero 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 junio de 2019 (1.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Alicante.

Resolución de 26 de junio de 2019 (2.ª)

En el expediente 59/2019 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Expansor, S.L.».

HECHOS

I

Don J. M. P. H., actuando como letrado de la sociedad «Expansor, S.L.», presentó un escrito de fecha 14 de marzo de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Madrid núm. 23 donde tuvo su entrada el día inmediato posterior, en el que puso de manifiesto que la sociedad a quien representa había sido notificada en fecha 12 de marzo de 2019 del oficio de fecha 26 de febrero del mismo año por el que se procedía a la designación de experto al amparo de la previsión del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital.

La designación trae causa de la solicitud que había realizado un socio y que dio lugar a la resolución de esta Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 9 de enero de 2018.

El representante de la sociedad pone de manifiesto ante el registrador que la citada resolución de esta Dirección General de los Registros y del Notariado está impugnada ante los Tribunales de Justicia por lo que no procede la designación de experto independiente solicitando se la deje sin efecto.

II

El Registrador Mercantil de Madrid núm. 23, don Fernando Trigo Portela, dictó resolución en fecha 22 de marzo de 2019 por la que acordó desestimar la solicitud por entender que las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que ponen fin a la vía administrativa, son ejecutables desde su notificación sin perjuicio del derecho de los interesados a impugnarlas ante la jurisdicción civil. Añade que la mera voluntad de la sociedad, que no acredita la interposición de la demanda antes los Tribunales de Justicia, no puede retrasar la satisfacción del interés del socio sin causa que lo justifique

III

Don J. M. P. H., en el concepto en el que actúa, por escrito de fecha 23 de abril de 2019, que tuvo entrada el día inmediato posterior en el Registro Mercantil de Madrid, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a, resumidamente, los siguientes argumentos: Que el expediente se inició por solicitud de un socio a que se designase experto independiente como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación. Que como consecuencia de la documentación aportada por la sociedad el Registrador Mercantil decidió suspender su tramitación. Que contra dicha resolución recurrió el socio solicitante obteniendo resolución favorable de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Que contra esta resolución la sociedad ha interpuesto demanda ante el juzgado de primera instancia de Madrid, actualmente pendiente de reparto. Que la designación de experto sin esperar a la resolución judicial no se justifica ni por razones de

fondo ni de urgencia. Máxime cuando la parte tiene una presunción de buen derecho que ya le fue reconocida en su día por el registrador mercantil. Que la designación realizada provoca a la mercantil perjuicios y gastos de difícil recuperación en caso de que su pretensión fuera reconocida. Que con dicha fundamentación solicita la suspensión del nombramiento del experto independiente hasta que recaiga resolución judicial firme.

Acompaña a su escrito copia del escrito de demanda, así como captura de pantalla de emitido por la plataforma Lexnet.

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. Instada en su día por un socio de una sociedad de responsabilidad limitada la designación de experto independiente como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación, ejercitado al amparo del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, y desarrollado el procedimiento previsto en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, se dictó por esta Dirección General de los Registros y del Notariado su Resolución de 9 de enero de 2018 por la que estimó la procedencia de la designación del experto solicitado.

Notificada la anterior Resolución, el registrador procede a la designación de experto independiente. La sociedad solicita que se deje sin efecto la designación al estar impugnada judicialmente la Resolución de esta Dirección General de los Registros y del Notariado.

El registrador desestima la solicitud por los motivos que se han hecho constar en los hechos y la sociedad recurre justificando la interposición de la demanda y solicitando la suspensión de la designación.

2. El recurso no puede prosperar. Dispone así el artículo 38 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas: «Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al

Derecho Administrativo serán ejecutivos con arreglo a lo dispuesto en esta Ley.» Y continua el artículo 39.1: «Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa.»

Por su parte dice así el artículo 84.1 de la misma Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas: «Pondrán fin al procedimiento la resolución…» Y el artículo 98.1: «Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo serán inmediatamente ejecutivos, salvo que: a) Se produzca la suspensión de la ejecución del acto. b) Se trate de una resolución de un procedimiento de naturaleza sancionadora contra la que quepa algún recurso en vía administrativa, incluido el potestativo de reposición. c) Una disposición establezca lo contrario. d) Se necesite aprobación o autorización superior…»

Por su parte dice así el número uno del artículo 114 del mismo cuerpo legal: «Ponen fin a la vía administrativa: a) Las resoluciones de los recursos de alzada…» Y el artículo 117 en sus dos primeros apartados establece: «La interposición de cualquier recurso, excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado. 2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el órgano a quien competa resolver el recurso, previa ponderación, suficientemente razonada, entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el ocasionado al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recurrido, podrá suspender, de oficio o a solicitud del recurrente, la ejecución del acto impugnado cuando concurran alguna de las siguientes circunstancias: a) Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación. b) Que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 47.1 de esta Ley.»

De la regulación expuesta resulta con claridad que la Resolución de esta Dirección General de fecha 9 de enero de 2018 agota la vía administrativa, pone fin al procedimiento y es inmediatamente ejecutable, así como que no puede ser objeto de suspensión en vía administrativa.

Con independencia de que la solicitud de la sociedad recurrente no es lo clara que sería preciso pues en su texto inicial solicita que se deje sin efecto el nombramiento de experto dictado en ejecución de la Resolución de esta Dirección General mientras que en el escrito de recurso se solicita la suspensión de la designación, lo cierto es que agotada la vía administrativa e impugnada la resolución ante los Tribunales de Justicia es a estos a los que corresponde la adopción de las medidas cautelares que tengan por conveniente.

Dice así el artículo 723.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: «Será tribunal competente para conocer de las solicitudes sobre medidas cautelares el que esté conociendo del asunto en primera instancia o, si el proceso no se hubiese iniciado, el que sea competente para conocer de la demanda principal.»

En definitiva, habiendo finalizado el procedimiento en vía administrativa y siendo la Resolución de esta Dirección General de carácter ejecutivo no procede estimar el recurso sin perjuicio de las medidas preventivas que el tribunal competente adopte de acuerdo a las normas de procedimiento civil.

2. Es cierto que como resulta de la propia Resolución de esta Dirección de 9 de enero de 2018 que el artículo 6.3 de la Ley 15/2015, de 2 julio de la Jurisdicción Voluntaria dispone lo siguiente: «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», pero es de tener en cuenta que dicho precepto se aplica exclusivamente a los expedientes en curso pues respecto de los que sean firmes en vía administrativa y hayan sido objeto de recurso en vía jurisdiccional ya no cabe suspensión alguna en vía administrativa por corresponder la competencia a jueces y tribunales de conformidad con las normas de procedimiento civil.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Madrid núm. 23, don Fernando Trigo Portela, de fecha 22 de marzo 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 junio de 2019 (2.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de Madrid.

Resolución de 26 de junio de 2019 (3.ª)

En el expediente 65/2019 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Guerra y Fernández, S.L.».

HECHOS

I

Don M. A. F. L. presentó un escrito de fecha 30 de enero 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 «Guerra y Fernández, S.L.», el nombramiento de un experto para que proceda a la determinación del valor razonable de las participaciones como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación.

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

a) Que la sociedad celebró junta general ordinaria el día 29 de junio de 2018.

Del acta autorizada por el notario de Arrecife don Pedro Eugenio Botella Torres en fecha 29 de junio de 2018 resulta que fue requerido para asistir a la junta general de la sociedad. De su diligencia del mismo día resulta que se constituye la junta general de la sociedad con asistencia del cien por cien del capital social estando el hoy solicitante debidamente representado. Resulta que tras la aprobación de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2016, con el voto en contra del solicitante, se entró en el segundo punto del orden del día relativo a la propuesta de aplicación de resultado. La propuesta consiste en aplicar el resultado obtenido ascendente a la cantidad de 143.594, 77 euros a la compensación de pérdidas de ejercicios anteriores, sobre todo del ejercicio 2013. La mayoría aprueba la propuesta de aplicación del resultado. El representante del solicitante propone el reparto de un tercio del beneficio propio de la explotación de la empresa a dividendo pues el importe acumulado de las reservas permite la compensación de pérdidas de ejercicios anteriores, votando a favor de su propuesta.

De las cuentas anuales que constan protocolizadas resulta que la sociedad tiene un capital de 75.126,50 euros, reservas que ascienden a la cantidad 2.159.098,69 euros, pérdidas acumuladas de 103.163,94 euros

b) Que mediante acta autorizada por el notario de Arrecife don Miguel Ángel Fernández Luzardo el día 24 de julio de 2018 y por medio de su diligencia de fecha 26 de julio de 2018 notificó a la sociedad el ejercicio del derecho de separación al amparo de la previsión del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

II

El Registrador Mercantil interino de Lanzarote don Sergio Regúlez Luzardo, mediante resolución de fecha 4 de febrero de 2019, designa a doña C. E. G. M. como experta independiente la cual acepta el encargo mediante escrito de fecha 19 de febrero del mismo año ratificándose ante el registrador el día 22 de febrero inmediato posterior. Mediante resolución de fecha 25 de febrero de 2019 el Registrador Mercantil interino de Lanzarote don Sergio Regúlez Luzardo resuelve el nombramiento de la citada señora como experto independiente para valorar las participaciones de la sociedad.

La sociedad presenta un escrito ante el Registro Mercantil en el que pone de manifiesto que ha tenido conocimiento del nombramiento. Que la sociedad considera que no se dan los requisitos para la separación del socio y está elaborando un informe que contradice las afirmaciones del solicitante. Que ante la gravedad del ejercicio del derecho de separación solicita la suspensión de la experta designada.

Mediante escrito adicional aportado al procedimiento, el administrador de la sociedad afirma: que el artículo 348 bis exige que se hayan obtenido beneficios durante los tres últimos ejercicios. Que las cuentas aprobadas en la junta general son las correspondientes al ejercicio 2016. Que el propio solicitante afirma en su escrito que la sociedad tuvo pérdidas en el ejercicio 2013 dentro del periodo de los tres ejercicios anteriores a que se refiere el precepto. Que no se está por tanto ante el supuesto del artículo 348 bis ni ante el del artículo 353 que presupone aquél.

III

El Registrador Mercantil de Lanzarote, don Emilio Campmany dictó resolución en fecha 1 de abril de 2019 por la que acordó no proceder a la paralización del procedimiento por no considerar la falta de requisitos legales para el ejercicio del derecho de separación.

IV

Don G. F. L., como administrador solidario de la sociedad, por escrito de fecha 25 de abril de 2019, que tuvo entrada el día 29 inmediato posterior en el Registro Mercantil de Lanzarote, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a, resumidamente, los siguientes argumentos: 1.º Que ante la solicitud del socio el Registrador Mercantil de Lanzarote mediante resolución de fecha 25 de febrero de 2019 nombra a determinada experta privando a la parte de ser oída y oponerse aplicando los artículos 338 al 349 del Reglamento del Registro Mercantil en vez de los artículos 350 a 364 en donde si existe derecho de oposición dejando en situación de indefensión a la parte. Que el registrador ha violado de forma flagrante la normativa aplicable pues ante la solicitud del socio tenía que haber notificado a la sociedad de conformidad con el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil a fin de que formulase oposición. Que en la propia resolución de 25 de febrero de 2019 el registrador no analiza la concurrencia de los requisitos legales del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital causando indefensión a la parte al no poder atacar los motivos. Que, ante la inactividad del Registro Mercantil y conocedora de la existencia del nombramiento de experta, la sociedad presentó un escrito al Registro Mercantil solicitando la suspensión del procedimiento a lo que el registrador se negó aplicando el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil, precepto para cuya aplicación debería haberse notificado con anterioridad a la parte. Que se dan los requisitos para apreciar la nulidad de la resolución de nombramiento de experta independiente. 2.º Que en cuanto al fondo del asunto el artículo 348 bis limita su aplicación cuando haya existido pérdidas en alguno de los tres ejercicios precedentes como ocurrió en el ejercicio 2013 arrastrándose además pérdidas de ejercicios anteriores. Que en los ejercicios 2014 y 2015 hubo beneficios que se aplicaron a la compensación de pérdidas habiéndose aprobado las cuentas por unanimidad de los socios. Que el derecho de separación del socio no nace de modo automático, sino que es preciso analizar las circunstancias de cada caso. Que la sociedad estaba siendo objeto de saneamiento tras la dura crisis económica y lo hizo con el consentimiento del socio. Que la decisión de destinar el beneficio a compensar pérdidas beneficia a toda la sociedad y a todos los socios al recuperar valor. Que por tanto solicita la declaración de nulidad de la resolución del Registrador Mercantil de Lanzarote de fecha 25 de febrero de 2019 y que se declare la improcedencia de aplicación del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital para el caso de que no se aprecia tal nulidad o para el caso de que estimándose se designase auditor *(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; 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. Celebrada junta general de una sociedad de responsabilidad limitada en fecha 29 de junio de 2018 para la aprobación de cuentas y propuesta de aplicación del resultado del ejercicio 2016, la mayoría aprueba tanto las cuentas como la propuesta de destinar a compensación de pérdidas el beneficio obtenido. El socio disidente, que ha mostrado su voluntad de que se distribuya un tercio del beneficio como dividendo, ejerce en plazo su derecho de separación y solicita del Registrador Mercantil la designación de experto conforme al artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital.

El Registrador Mercantil interino designa a determinada señora como experta mediante resolución de fecha 4 de febrero de 2019 que es confirmada por otra de fecha 25 del mismo mes y año. La sociedad, al conocer la designación presenta dos escritos en el Registro solicitando tanto la suspensión del nombramiento como la declaración de que no procede el derecho de separación. El Registrador Mercantil desestima la solicitud y la sociedad recurre solicitando la declaración de nulidad del nombramiento de experta independiente al no habérsele dado traslado de la solicitud del socio y solicitando, subsidiariamente, una decisión sobre el fondo.

2. Como ha afirmado esta Dirección en múltiples ocasiones bajo la vigencia de la derogada Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común (*vide* resoluciones de 26 de junio y 28 de julio de 2014, por todas), el expediente registral a través del que se da respuesta a la solicitud prevista en el apartado 2.º del artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital aparece desarrollado en Título III del Reglamento del Registro Mercantil destinado a regular «otras funciones del Registro», funciones distintas de las relativas a la inscripción de los empresarios y sus actos. Si ésta aparece presidida por la función calificadora como control de legalidad que en aras del interés público a que responde la publicidad registral es lle-

vado a cabo por el registrador de forma unilateral y objetiva, ajena a la idea de contienda u oposición de intereses entre partes, en los expedientes sobre nombramiento de auditores a que se refiere el tan repetido artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital existe un foro de contraposición de intereses que ha de resolver el registrador como órgano de la Administración (resolución de 15 de julio de 2005). De este modo, la decisión del Registrador Mercantil declarando la procedencia del nombramiento solicitado por la minoría no tiene el carácter de calificación registral, sino que es un acuerdo adoptado por quien en este procedimiento regulado en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil es la autoridad pública competente para resolver la solicitud (resoluciones de 13 de enero de 2011 y 10 de julio de 2013). En definitiva, y como ha mantenido reiteradamente esta Dirección General, la actuación del registrador viene amparada por la atribución competencial que lleva a cabo el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital y que desarrolla el Reglamento del Registro Mercantil para resolver, en el ámbito del procedimiento especial por razón de la materia jurídico privada que el mismo regula, la pretensión del socio minoritario sin perjuicio de la revisión jurisdiccional del acto administrativo que del procedimiento resulte.

Consecuencia de lo anterior es que ante la solicitud de designación de auditor a instancia de la minoría el procedimiento a seguir es el contemplado en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y en lo en ellos no dispuesto por las normas generales del procedimiento, hoy la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (*vide* al respecto, resolución de esta Dirección de fecha 22 de noviembre de 2015 en contestación a consulta realizada por el Registro Mercantil de Madrid).

De lo anterior se sigue que: a) la solicitud debe reunir los requisitos establecidos en el Reglamento del Registro Mercantil y si resultase defectuosa el registrador debe proceder en la forma prevista en el artículo 68.1 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; b) que las notificaciones que el Registrador Mercantil realice en el curso del procedimiento deben llevarse a cabo, mientras que no exista una disposición en contrario, por los trámites del artículo 42 de la propia Ley; c) que los interesados deben disfrutar en el curso del procedimiento de los derechos que a los mismos se reconoce en el artículo 53 de la reiterada norma de procedimiento en la medida en que sean compatibles con los trámites del Reglamento del Registro Mercantil; d) que el Registrador Mercantil debe emitir una resolución sobre la procedencia o no del nombramiento solicitado, resolución que es recurrible en el plazo previsto en el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil (si no hay oposición), o en el general de un mes previsto en el artículo 122.1 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, (si ha existido oposición, *vide* la resolución de fecha 21 de junio de 2016 de esta

Dirección de respuesta a consulta realizada por el Registro Mercantil de Barcelona).

3. Es forzoso reconocer que como dice la sociedad en su escrito de recurso el procedimiento se ha llevado a cabo con flagrante violación de su derecho a conocer el íntegro contenido de la solicitud del socio que solicita la designación de experto independiente al amparo del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, así como de la documentación que le acompaña.

Dispone el 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.»

Y dice así el artículo 354.1 del Reglamento del Registro Mercantil, «…el Registrador trasladará a la sociedad afectada copia de la instancia y de los documentos adjuntos a ella…»

Como resulta de los hechos, ante la solicitud de un socio para que se designe experto independiente al amparo de la previsión de los artículos 348 bis y 353 de la Ley de Sociedades de Capital, el registrador interino procedió a dicha designación sin dar traslado a la otra parte y solo posteriormente ante los escritos que la sociedad le dirige le proporciona una respuesta. La alegación de la sociedad sobre la indefensión sufrida vicia las diligencias llevadas a cabo hasta ese momento.

Dispone así el artículo 47.1 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas: Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes: … e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido…» Por su parte el artículo 48.2 del mismo cuerpo legal dice: «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.»

Resulta patente que el procedimiento se ha tramitado sin el necesario respeto al principio de igualdad entre las partes causando una evidente indefensión a la sociedad que ni ha sido notificada de la existencia de la solicitud ni ha tenido a su disposición la instancia del solicitante ni la documentación que a la misma acompañaba. No procede que esta Dirección se pronuncie ahora sobre la cuestión de fondo pues para ello habría sido preciso que la sociedad respecto de la que se solicita el nombramiento de auditor hubiera dispuesto de la documentación necesaria para fundamentar su decisión de oponerse a la solicitud.

Esta Dirección General de los Registros y del Notariado resuelve.

1.º Dejar sin efecto las resoluciones de los registradores mercantiles interino y titular de Lanzarote de fechas 4 y 25 de febrero y 1 de abril de 2019.

2.º Retrotraer el expediente a la fase de instrucción, en concreto al momento en que se presentó la instancia por parte del solicitante y devolver el expediente al registrador a fin de que pueda llevar a cabo su correcta instrucción.

3.º Ordenar que se dé traslado del contenido de la solicitud del socio y de la documentación que la acompaña a la sociedad a los efectos previstos en el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil.

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar las resoluciones de los registradores mercantiles interino y titular de Lanzarote de fechas 4 y 25 de febrero y 1 de abril de 2019, don Sergio Regúlez Luzardo y don Emilio Campmany Bermejo 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, 26 de junio de 2019 (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 junio de 2019 (1.ª)

En el expediente 95/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Proymac Trade, S.L.».

HECHOS

I

Don …… presentó escrito de fecha 2 de enero de 2019 dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, en el que tuvo su entrada el mismo día 2 de enero 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 «Proymac Trade, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

II

Traslada la petición a la sociedad, no consta en este expediente oposición de la misma al nombramiento solicitado.

III

El Registrador Mercantil de Barcelona XI, don Heliodoro Sánchez Rus, dictó resolución de fecha 16 de abril de 2019 por la que acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor presentada, resolviendo la procedencia del mismo.

IV

Don ……, en nombre y representación de la sociedad, por escrito de fecha 16 de mayo de 2019, interpuso recurso contra dicha resolución, alegando, en esencia, el coste de la auditoría de las cuentas anuales y la precaria situación económica de la sociedad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 196, 197, 265.2 y 272 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. El recurso, en los términos que está planteado, no puede prosperar. Así, en cuanto al motivo de alegación basado en el coste económico que la petición comporta para la sociedad, de modo que, según manifiesta el recurrente, la sociedad se encuentra en un momento de precaria situación económica, 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, integrados esencialmente por el importe de los honorarios profesionales o, como es el presente caso, la expresa alegación de precaria situación económica de la sociedad (art. 267 de la Ley de Sociedades de Capital), no puede ser estimada, pues de acuerdo con el artículo 265 del mismo texto legal, dichos costes corren a cargo de la sociedad. Como ha reiterado este Centro (resoluciones de 27 de febrero de 2013, 31 de enero de 2014, 16 de marzo de 2016, 8 y 12 de julio de 2016, entre otras, y como más recientes) el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital no deja margen a la interpretación, por lo que con independencia de cuales

sean las condiciones económicas de la sociedad y el perjuicio económico alegado, se impone el derecho individual del socio a conocer el estado contable de la sociedad y a su verificación por auditor nombrado por el Registro Mercantil.

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 2018.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Barcelona XI, don Heliodoro Sánchez Rus, de fecha 16 de abril de 2019, por la que estima la solicitud de nombramiento de auditor.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución 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 junio de 2019 (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 junio de 2019 (2.ª)

En el expediente 98/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Saldoira 21, S.L.».

HECHOS

I

Doña ……, en nombre y representación de la mercantil, «Crofadel Iluminación, S.L.».como administradora única, presenta escrito de fecha 29 de marzo de 2019, dirigido al Registro Mercantil de A Coruña, en el que tuvo su entrada el mismo día, 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 «Saldoira 21, S.L.». (en concreto, alega ser titular del 25 % del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 1 de abril de 2019 en el domicilio social, que es recibido el día 5 del mismo mes. La mercantil formula oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito de 6 de abril, indicando que «conoce la solicitante con su voto en contra las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017 de la entidad mercantil en cuya representación se comparece no han sido objeto de aprobación». Por tanto, concluye que «las circunstancias señaladas a la presente fecha determinan la imposibilidad de sometimiento a control de auditoría de unas cuentas anuales limitadas y condicionadas en cuanto a su formulación por la falta de aprobación del previo ejercicio de 2017».

III

El Registrador Mercantil de A Coruña, don Antonio Gilabert González, dictó resolución de fecha 9 de abril de 2019 por la que acordó que «en cuanto a la oposición por la sociedad presentada se desestima» ya que no es causa que impida el ejercicio del derecho previsto en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

IV

Don ……, apoderado de la sociedad, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 9 de abril, reiterando el argumento expuesto con anterioridad.

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».

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

3. En el presente expediente el recurso planteado no puede prosperar por el motivo anteriormente referido, al quedar acreditado el cumplimiento de todos y cada uno de los extremos objeto de calificación: la legitimación del solicitante, la solicitud en el plazo legalmente previsto y que la sociedad no ha enervado el derecho del socio minoritario mediante el nombramiento e inscripción de un auditor a instancia de la mercantil o mediante la puesta a disposición del preceptivo informe de auditoría.

Tan sólo se alega que las cuentas correspondientes al ejercicio 2017 no han sido aprobadas con lo que la situación contable relativa al ejercicio 2018 revestirá el carácter de «limitadas y condicionadas en cuanto a su formulación por la falta de aprobación del previo ejercicio». Dicho extremo no puede ser objeto de apreciación por el registrador en estrecho ámbito de calificación del presente expediente debiendo por tanto ser desestimado el motivo de alegación y recurso, procediendo a la confirmación de la calificación impugnada.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de A Coruña, don Antonio Gilabert González, de fecha 9 de abril 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 junio de 2019 (2.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de A Coruña.

Resolución de 27 de junio de 2019 (3.ª)

En el expediente 100/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Gore Pache 21, S.L.».

HECHOS

I

Doña ……, en nombre y representación de la mercantil «Gore Pache 21, S.L.», como administradora única, presenta escrito de fecha 29 de marzo de 2019, dirigido al Registro Mercantil de A Coruña, en el que tuvo su entrada el mismo día, 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 «Gore Pache 21, S.L.» (en concreto, alega ser titular del 25 % del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 1 de abril de 2019 en el domicilio social, que es recibido el día 3 del mismo mes. La mercantil formula oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito de 6 de abril, indicando que «conoce la solicitante con su voto en contra las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017 de la entidad mercantil en cuya representación se comparece no han sido objeto de aprobación». Por tanto, concluye que «las circunstancias señaladas a la presente fecha determinan la imposibilidad de sometimiento a control de auditoría de unas cuentas anuales limitadas y condicionadas en cuanto a su formulación por la falta de aprobación del previo ejercicio de 2017».

III

El Registrador Mercantil de A Coruña, don Antonio Gilabert González, dictó resolución de fecha 9 de abril de 2019 por la que acordó que «en cuanto a la oposición por la sociedad presentada se desestima» ya que no es causa que impida el ejercicio del derecho previsto en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

IV

Don ……, apoderado de la sociedad, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 9 de abril, reiterando el argumento expuesto con anterioridad.

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 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».

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

3. En el presente expediente el recurso planteado no puede prosperar por el motivo anteriormente referido, al quedar acreditado el cumplimiento de todos y cada uno de los extremos objeto de calificación: la legitimación del solicitante, la solicitud en el plazo legalmente previsto y que la sociedad no ha enervado el derecho del socio minoritario mediante el nombramiento e ins-

cripción de un auditor a instancia de la mercantil o mediante la puesta a disposición del preceptivo informe de auditoría.

Tan sólo se alega que las cuentas correspondientes al ejercicio 2017 no han sido aprobadas con lo que la situación contable relativa al ejercicio 2018 revestirá el carácter de «limitadas y condicionadas en cuanto a su formulación por la falta de aprobación del previo ejercicio». Dicho extremo no puede ser objeto de apreciación por el registrador en estrecho ámbito de calificación del presente expediente debiendo por tanto ser desestimado el motivo de alegación y recurso, procediendo a la confirmación de la calificación impugnada.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de A Coruña, don Antonio Gilabert González, de fecha 9 de abril 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 junio de 2019 (3.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de A Coruña.

Resolución de 27 de junio de 2019 (4.ª)

En el expediente 103/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «BVD Eduardos, S.L.».

HECHOS

I

Doña …… presentó escrito de fecha 22 de marzo de 2019 dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el mismo día 22 de marzo, 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 «BVD Eduardos, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

II

La sociedad se opuso a la pretensión de la socia alegando, en esencia, que la solicitud no cumple con los requisitos del artículo 351 del Reglamento del Registro Mercantil, en cuanto que no expresa la causa de la misma.

III

El Registrador Mercantil de Madrid V, don Mariano Rajoy Brey, dictó resolución de fecha 8 de abril de 2019 por la que acordó no haber lugar a la oposición formulada y estimar la solicitud de nombramiento de auditor presentada, resolviendo la procedencia del mismo.

IV

Don ……, en nombre y representación de la sociedad, como administrador solidario de la misma, por escrito de fecha 27 de mayo de 2018 *(sic)*, interpuso recurso contra dicha resolución, alegando, en esencia la revocación de la solicitud de auditoría acordada en junta general de socios de fecha 9 de mayo de 2019, lo que implica, a su juicio, justa causa para oponerse al nombramiento de auditor, así como el nombramiento de otro auditor en la misma junta general.

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, 21, 84 y 94 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas así como las resoluciones citadas en el texto.

1. En relación con la causa de la solicitud de nombramiento de auditor, es doctrina consolidada de esta Dirección General que, a diferencia de las solicitudes de nombramiento registral de auditor para las sociedades obligadas por ley a la verificación contable y fundadas en el artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital, en aquellas otras, exentas de esta obligación, la

causa de la petición es siempre y típicamente la misma: la inexistencia de una auditoría previa. Dicha circunstancia determina la existencia de un interés protegible que se reconoce a los socios minoritarios y la consecuente atribución del derecho a solicitar que se lleve a cabo la verificación. Por ello, el artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil que articula el procedimiento para la tramitación de las solicitudes fundadas en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, no exige su expresión, de alcance puramente formal, pues, como ya se ha indicado, la inexpresión de la causa de la petición o su expresión inadecuada es intrascendente en este procedimiento de nombramiento registral de auditor a instancia de los socios minoritarios de entidades mercantiles (en este sentido pueden verse las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 12 y 23 de julio, 7 de octubre de 2010 y 11 y 31 de marzo de 2014 entre otras).

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

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

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

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

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

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, lo que no resulta del expediente que nos ocupa; y sin perjuicio de la posibilidad de desistir del expediente en los términos que resultan de los artículos 21, 84 y 94 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

3. Lo anterior, unido al cumplimiento por la solicitante de los requisitos exigidos por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, que no han sido desvirtuados por la sociedad en el expediente, esto es, representando la socia solicitante más del cinco por ciento del capital social y no habiendo

transcurrido tres meses desde la fecha de cierre de dicho ejercicio, procede el nombramiento solicitado de auditor que efectúe la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2018.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Madrid V, don Mariano Rajoy Brey, de fecha 8 de abril de 2019, por la que estima la solicitud de nombramiento de auditor.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución 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 junio de 2019 (4.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de Madrid.

Resolución de 27 de junio de 2019 (5.ª)

En el expediente 110/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Siglo XXI Administración de Fincas, S.L.».

HECHOS

I

Don …… presentó escrito de fecha 22 de marzo de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el mismo día 28 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 «Siglo XXI Administración de Fincas, S.L.» (en concreto, manifiesta ser titular del 10 % del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

II

La sociedad por medio de escrito de fecha 12 de abril de 2019 manifiesta expresamente que no se opone al nombramiento solicitado, pero que ello no es posible debido, en esencia, a las circunstancias personales concurrentes en el caso, falta de capacidad económica de la sociedad para afrontar el gasto de auditoría, abuso y mala fe por parte del solicitante.

III

El Registrador Mercantil de Madrid XII, don Adolfo García Ferreiro, dictó resolución de fecha 23 de abril de 2019, por la que acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor presentada.

IV

Doña ……, en nombre y representación de la sociedad, en su condición de administradora única, por escrito de fecha 7 de junio de 2019, que tuvo su entrada el día 11 del mismo mes en el Registro Mercantil, interpuso recurso contra dicha resolución, reiterando fundamentalmente los argumentos de su escrito de oposición inicial, esto es, que si bien no tiene inconveniente en el nombramiento, ello no es posible debido, en esencia, a las circunstancias personales concurrentes en el caso, falta de capacidad económica de la sociedad para afrontar el gasto de auditoría, abuso y mala fe 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. No puede estimarse el recurso interpuesto pues los motivos alegados por la sociedad, reducidos a la mala fe y al abuso de derecho por parte del socio solicitante, así como a cuestiones económicas derivadas de la imposibilidad de asumir el coste de la auditoría solicitada, 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 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.

2. En cuanto al motivo de alegación basado en el coste económico que la petición comporta para la sociedad, en concreto, la imposibilidad por parte de la sociedad de asumir el coste de la auditoría solicitada, 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 la imposibilidad de asumir el coste de la auditoría solicitada (art. 267 de la Ley de Socie-

dades de Capital), no puede ser estimada, pues de acuerdo con el artículo 265 del mismo texto legal, dichos costes corren a cargo de la sociedad. Como ha reiterado este Centro (resoluciones de 27 de febrero de 2013, 31 de enero de 2014, 16 de marzo de 2016, 8 y 12 de julio de 2016, entre otras, y como más recientes) el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital no deja margen a la interpretación, por lo que con independencia de cuales sean las condiciones económicas de la sociedad y el perjuicio económico alegado, se impone el derecho individual del socio a conocer el estado contable de la sociedad y a su verificación por auditor nombrado por el Registro Mercantil.

3. Lo anterior, unido al cumplimiento por el solicitante de los requisitos exigidos por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, que no han sido desvirtuados por la sociedad en el expediente, esto es, representando el socio solicitante más del cinco por ciento del capital social y no habiendo transcurrido tres meses desde la fecha de cierre de dicho ejercicio, procede el nombramiento solicitado de auditor que efectúe la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2018.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Madrid XII, don Adolfo García Ferreiro, de fecha 23 de abril de 2019, 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, 27 de junio de 2019 (5.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de Madrid.

Resolución de 28 de junio de 2019 (1.ª)

En el expediente 80/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Hoteles Silken, S.A.».

HECHOS

I

Don ……, en nombre y representación de la sociedad «Escampa, S.L.», como administrador de la misma, presenta escrito de fecha 14 de marzo de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Álava, en el que tuvo su entrada el día 27 del mismo mes, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, y como titular de más del 5 % del capital social de la mercantil «Hoteles Silken, S.A.» (concretamente del 44,45 %), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

II

El Registrador Mercantil de Álava, don Esteban Moyano Morales, dictó resolución de fecha 3 de abril de 2019 por la que da traslado a la mercantil de la solicitud, que es recibido el día 8 del mismo mes, para que, en su caso, ejercite el derecho de oposición a tal solicitud.

III

La sociedad se opuso a la pretensión del socio mediante escrito suscrito el día 15 de abril por don ……, administrador único, alegando que «el 4 de diciembre de 2017 el administrador único de la sociedad decidió nombrar "Zubizarreta Consulting, S.L." como auditor de cuentas de la sociedad por el plazo de tres años, es decir, para la verificación de las cuentas anuales correspondientes a los ejercicios sociales cerrados el 31 de diciembre de 2017, 31 de diciembre de 2018 y 31 de diciembre de 2019. El citado nombramiento fue inscrito en el Registro Mercantil de Álava con fecha 1 de marzo de 2018, habiendo recibido el número de inscripción 46 de la hoja de la Sociedad».

IV

El Registrador Mercantil de Álava, don Esteban Moyano Morales, dictó resolución de fecha 16 de abril de 2019 por la que acordó admitir la oposición y no proceder al nombramiento del auditor solicitado.

V

Don ……, en nombre y representación de la sociedad Escampa, S.L. como administrador de la misma, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 16 de abril, solicitando que «sea el Registrador Mercantil, si no lo ha designado la sociedad, quien designe auditor de acuerdo con el procedimiento correspondiente».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

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

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

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

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

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

Inscrito el nombramiento de auditor voluntario el depósito de las cuentas sólo puede llevarse a cabo si vienen acompañadas del oportuno informe de verificación. Así lo ha sancionado expresamente la modificación del artículo 279 de la Ley de Sociedades de Capital (que entró en vigor el día 1 de enero de 2016; disposiciones finales cuarta y decimocuarta de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas), cuando dice en su inciso final: «Los administradores presentarán también, el informe de gestión, si fuera obligatorio, y el informe del auditor, cuando la sociedad esté obligada a auditoría por una disposición legal o ésta se hubiera acordado a petición de la minoría o de forma voluntaria y se hubiese inscrito el nombramiento de auditor en el Registro Mercantil.»

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

2. En el presente expediente resulta por un lado que el socio minoritario presenta su solicitud en el Registro Mercantil en fecha 27 de marzo de 2019 y, por otro, que tanto el Registrador Mercantil como la propia sociedad acreditan que ha sido nombrado auditor voluntario para el mismo ejercicio con carácter previo al indicar que en la inscripción 46 de la hoja social resulta el nombramiento de auditor voluntario de la sociedad para los ejercicios 2017, 2018 y 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 tanto el nombramiento anterior como su inscripción en la hoja social de la propia

resolución recurrida. 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 inscripción 46 de la hoja social, por la que se procedió a la inscripción del nombramiento de auditor de cuentas para el ejercicio 2018. 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 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 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 Álava, don Esteban Moyano Morales, de fecha 16 de marzo de 2019, por la que resuelve desestimar la solicitud del socio minoritario 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 junio de 2019 (1.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de Álava.

Resolución de 28 de junio de 2019 (2.ª)

En el expediente 84/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Eurobridas Fittings, S.A.».

HECHOS

I

Doña …… presenta escrito de fecha 28 de marzo de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Zaragoza, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, y como titular de más del 5 % del capital social de la mercantil «Eurobridas Fittings, S.A.» (titular del 26,06 % del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 2 de abril de 2019 en el domicilio social siendo recibido el día 8 del mismo mes.

III

La mercantil «Eurobridas Fittings, S.A.» no formula oposición en el plazo legalmente previsto al efecto.

IV

El Registrador Mercantil de Zaragoza, don Joaquín Oria Almudí, dictó resolución de fecha 26 de abril de 2019 por la que decide «que procede la solicitud de nombramiento de auditor para las cuentas anuales correspondientes al ejercicio cerrado el 31 de diciembre de 2018 de la compañía EUROBRIDAS FITTINGS, S.A..

V

Don ……, apoderado de la mercantil, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 26 de abril que en la sesión celebrada por el consejo de administración de 3 de abril de 2019 se acordó la contratación de la empresa auditora «Activa Auditora & Consultoría», según consta en copia de la certificación emitida por don ……, secretario no consejero, el 14 de abril de 2019. A continuación, alega la mala fe y abuso de derecho de la solicitante al instar el 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 auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: a) Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. b) Que se garantice el derecho del socio al informe de auditoría, lo que solo puede lograrse mediante la inscripción del nombramiento, mediante la entrega al socio del referido informe o bien mediante su incorporación al expediente.

Inscrito el nombramiento de auditor voluntario el depósito de las cuentas sólo puede llevarse a cabo si vienen acompañadas del oportuno informe de verificación. Así lo ha sancionado expresamente la modificación del artículo 279 de la Ley de Sociedades de Capital (que entró en vigor el día 1 de enero de 2016; disposiciones finales cuarta y decimocuarta de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas), cuando dice en su inciso final: «Los administradores presentarán también, el informe de gestión, si fuera obligatorio, y el informe del auditor, cuando la sociedad esté obligada a auditoría por una disposición legal o ésta se hubiera acordado a petición de la minoría o de forma voluntaria y se hubiese inscrito el nombramiento de auditor en el Registro Mercantil.»

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

2. En el presente expediente resulta por un lado que el socio minoritario presenta su solicitud en el Registro Mercantil en fecha 28 de marzo de 2019 y, por otro, que la sociedad acredita que acordó el consejo de administración la contratación de la empresa «Activa Auditora & Consultoría», según consta en copia de la certificación emitida por don ……, secretario no consejero, el 14 de abril de 2019

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

3. El recurso no puede prosperar ya que por un lado no ha quedado acreditado el nombramiento anterior, así como la aceptación del mismo; si bien resulta además que no se ha garantizado de manera adecuada el interés protegible por el presente expediente.

En este sentido conviene recordar que, si bien es cierto que la doctrina de esta Dirección General había venido exigiendo que la fecha anterior de nombramiento resultase de forma fehaciente, lo cierto es que la más reciente doctrina ha entendido que si de la valoración conjunta de la documentación aportada resulta con claridad que el nombramiento voluntario por la sociedad

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

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

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

5. En relación con la posible concurrencia de fraude de ley en la solicitud, es constante doctrina de este Centro Directivo que, a diferencia de las solicitudes de nombramiento registral de auditor para las sociedades obligadas por ley a la verificación contable y fundadas en el artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital, en aquellas otras, exentas de esta obligación, la causa de la petición es siempre y típicamente la misma: la inexistencia de una auditoría previa. Dicha circunstancia determina la existencia de un interés protegible que se reconoce a los socios minoritarios y la consecuente atribución del derecho a solicitar que se lleve a cabo la verificación. Por ello, el artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil que articula el procedimiento para la tramitación de las solicitudes fundadas en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, no exige su expresión, de alcance puramente formal, pues, como ya se ha indicado, la inexpresión de la causa de la petición o su expresión inadecuada es intrascendente en este procedimiento de nombramiento registral de auditor a instancia de los socios minoritarios de entidades mercantiles (en este sentido pueden verse las Resoluciones de la Dirección

General de los Registros y del Notariado de fechas 12 y 23 de julio, 7 de octubre de 2010 y 11 y 31 de marzo de 2014 entre otras).

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

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Zaragoza II, don Joaquín José Oria Almudí, de fecha 26 de abril de 2019, por la que resuelve proceder al nombramiento de auditor de cuentas solicitado, al no quedar debidamente garantizado el interés del socio minoritario al no acreditarse ni la inscripción del nombramiento del auditor a instancia de la mercantil ni la puesta a disposición de los socios del correspondiente informe de auditoría; así como exceder del estrecho ámbito de calificación del presente expediente la motivación del solicitante así como la posible concurrencia de mala fe.

Lo que, con devolución del 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 junio de 2019 (2.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de Zaragoza.

Resolución de 28 de junio de 2019 (3.ª)

En el expediente 89/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «José Acha García e hijos, S.L.».

HECHOS

I

Doña …… presentó escrito de fecha 28 de marzo de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Pontevedra, 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 «José Acha García e hijos, S.L.», (titular del 12,5 % del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

Junto con dicha solicitud acompaña fotocopia de la escritura de adjudicación parcial de herencia otorgada el 11 de abril de 2012 ante el Notario de Cambados don Francisco Manuel Botana Torrón con número de protocolo 551 por la que la solicitante se adjudica 150 participaciones sociales de la referida mercantil.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 29 de marzo de 2019 en el domicilio social, que es recibido el día 4 del mes siguiente. La mercantil formula oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito de 9 de abril, indicando que la solicitante «carece de legitimación activa» ya que «la escritura pública invocada no es título de propiedad de participación alguna de doña ……».

III

El Registrador Mercantil de Pontevedra I, don Vicente Artime Cot, dictó resolución en fecha 22 de abril de 2019 por la que acordó «procede el nombramiento de auditor para la entidad «José Acha García e hijos, S.L.»

IV

Don ……, apoderado de la sociedad, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 22 de abril reiterando el argumento anteriormente expuesto al negar la legitimidad de la solicitante por entender que el título aportado no justifica su titularidad de las participaciones sociales.

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

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

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

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

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 la solicitante, limitándose a negarlo de manera abstracta. Efectivamente doña …… para acreditar su condición de socia presenta fotocopia de la escritura de adjudicación parcial de herencia y adjudicación de participaciones sociales otorgada el día 11 de abril de 2.012 ante el notario de Cambados, Don Francisco Manuel Botana Torrón, número 551 de protocolo.

En dicha escritura comparecen Doña …… (viuda) y Don …… (administrador único de la sociedad en ese momento según resulta de las inscripciones 3.º y 5.ª del historial registral manifestando que Don …… (fallecido) y los prenombrados Doña …… y Don …… son los únicos socios de la sociedad y al encontrarse sin numerar las participaciones sociales proceden a su adjudicación resultando que a Doña …… ostenta 150 participaciones sociales, números 1.051 al 1.200.

Como anteriormente se ha expuesto la sociedad simplemente manifiesta la carencia de legitimación activa para iniciar el presente expediente por parte de la solicitante al negar la validez del negocio contenido en el referido

título. Sobre la cuestión de la legitimación del socio minoritario ha tenido ocasión de pronunciarse reiteradamente la Dirección General de los Registros y del Notariado 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.

La peticionaria aportó un principio de prueba por escrito de su titularidad sobre un 12,5 % de las participaciones sociales: la escritura de adjudicación parcial de herencia y adjudicación de participaciones sociales otorgada el día 11 de abril de 2.012 ante el notario de Cambados, don Francisco Manuel Botana Torrón, número 551 de protocolo en la que se procede a la adjudicación de las mencionadas participaciones sociales.

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.

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 22 de abril 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, 28 de junio de 2019 (3.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de Pontevedra

Resolución de 28 de junio de 2019 (4.ª)

En el expediente 94/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Cafetería Ciclo, S.L.».

HECHOS

I

Doña …… presenta escrito de fecha 28 de marzo de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Almería, 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 «Cafetería Ciclo, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

II

Mediante resolución de fecha 29 de marzo el Registrador Mercantil de Almería da traslado a la sociedad de la referida solicitud para que, si lo estimaba conveniente, realizase las alegaciones que considerase oportunas. Dicha resolución es notificada el día 4 de abril.

Mediante resolución de fecha 9 de abril de 2019 se requiere para mejor proveer a la solicitante que designe el cotitular que está autorizado para el ejercicio del derecho del socio. Dicho requerimiento es atendido mediante escrito de 20 de marzo que se presenta el día 15 de abril como posteriormente se indica.

La sociedad formula oposición mediante escrito de fecha 10 de abril de 2019, que es presentado en el Registro Mercantil el mismo día, suscrito por don ……, administrador único de la mercantil. En el mismo entiende que la solicitante «no está legitimada por no tener la condición de socia» ya que las participaciones alegadas le pertenecen en pro indiviso.

Mediante escrito de fecha 20 de marzo de 2019 las socias cotitulares de las participaciones doña …… y doña …… nombran a la segunda representante de la comunidad. Dicho escrito es presentado en el Registro Mercantil el día 15 de abril de 2019.

III

El Registrador Mercantil de Almería, don Gustavo Adolfo Moya Mir dictó resolución de fecha 16 de abril de 2019 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ……, administrador único de la mercantil, mediante escrito de fecha 25 de abril de 2019 solicita «que se paralice el plazo de recurso hasta que se nos ponga a nuestra dis-

posición la copia del expediente». Dicho requerimiento es atendido por resolución del Registrador Mercantil de 30 de abril de 2019.

Don ……, administrador único de la mercantil, por escrito de fecha 22 de mayo de 2019, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Almería, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107, 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. Como consecuencia de la sucesión de un socio fallecido y de las subsiguientes operaciones de partición hereditaria practicadas en escritura de aceptación y adjudicación de herencia otorgada el 29 de julio de 2009 ante doña Purificación Díaz Martínez, Notario de Olula del Río, un paquete accionarial se adjudica en proindiviso a tres personas. Posteriormente, una de las cotitulares transmite a otra de ellas su cuota dominical mediante escritura de compraventa otorgada el 2 de febrero de 2018 ante la Notarío de Olula del Río doña María de las Pilas Jiménez Serrano; quedando por tanto consolidado el dominio en dos copropietarias que solicitan del Registrador Mercantil la designación de auditor al de la previsión del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

La sociedad se opone porque, a su juicio y ante una situación de comunidad ordinaria, el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital exige la designación de una sola persona para el ejercicio de los derechos correspondientes a las acciones, circunstancia que no se ha producido por lo que el instante carece de la debida legitimación.

2. Es doctrina de esta Dirección General que, tratándose de un supuesto de comunidad ordinaria, la designación del representante común ex artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital procederá de acuerdo con las normas previstas en la legislación civil. A la vista de lo que dice el artículo 398.1 del Código Civil, no existiendo regla pactada voluntariamente en contrario, será necesario el acuerdo de la mayoría de los partícipes. Se trata de una mayoría de cuotas o intereses, no de personas (argumento ex art. 398.2 del Código Civil). Si no resultare mayoría o el acuerdo de ésta fuera gravemente perjudicial a los interesados en la cosa común, el juez puede proveer a la designación de representante único frente a la sociedad ex artículo 398.3

del Código Civil en relación con lo previsto en el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital.

Esta doctrina es plenamente coincidente con la de nuestro Tribunal Supremo que en la reciente sentencia 383/2016 de 6 junio pone de manifiesto: «De forma que ante la falta de previsión normativa sobre esta cuestión en la regulación de la comunidad hereditaria, y las circunstancias del presente caso, ausencia de disposición testamentaria al respecto y falta de acuerdo entre los coherederos, la remisión correcta, dada la situación de comunidad, sea a las normas que rigen la comunidad de bienes, en concreto al artículo 398 del Código Civil, que establece para la administración de los bienes comunes el principio de las mayorías, entendido como el acuerdo que esté tomado por los partícipes que representen la mayor cantidad de intereses o mayor capital de la comunidad.»

En el mismo sentido son de ver las sentencias 434/2016 de 30 septiembre de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1.ª) y la Sentencia número 223/2017 de 10 abril, de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9.ª).

De conformidad con las anteriores consideraciones, ante un supuesto de comunidad se ha de exigir para ejercitar los derechos que la ley confiere al socio, o bien que concurran todos los interesados, o bien aquellos que constituyan la mayoría (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).

3. Aplicadas las consideraciones anteriores al supuesto de hecho el recurso no puede prosperar pues del expediente resulta con toda claridad que los interesados que representan el dominio de las participaciones en situación de comunidad han instado del Registrador Mercantil la designación de auditor al amparo de la norma del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

Esta Dirección General no desconoce la doctrina derivada de la sentencia 434/2016 de 30 septiembre de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1.ª), pero entiende que la misma es perfectamente compatible con el contenido de la presente. Como resulta del contenido de la sentencia al interpretar el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital: «Este principio de unificación objetiva del ejercicio de los derechos de socio descansa en obvias exigencias prácticas de simplicidad y claridad en el ejercicio de tales derechos. La finalidad de la norma es la protección de la sociedad frente a las dificultades y perjuicios que, por aplicación de las reglas generales, podrían derivarse para ella de la existencia de una pluralidad de titulares de la propiedad o de otro derecho real sobre una participación. No se trata, pues, de regular las relaciones de los comuneros entre sí, sino, exclusivamente, las relaciones de los comuneros con la sociedad. La proposición primera del artículo 126 LSC persigue, por tanto, procurar en beneficio exclusivo de la sociedad, sencillez y claridad en el ejercicio de los derechos de socio.»

Esta Dirección General de los Registros y del Notariado comparte, como no puede ser de otro modo, las aseveraciones de la sentencia en que fundamenta su argumentación la parte recurrente pues resulta patente la finalidad de que ante una situación de comunidad se trate de evitar, en beneficio de la sociedad, las disfunciones que acarrearía el ejercicio de los distintos derechos inherentes a la condición de socio (información, asistencia, voto, impugnación, dividendo, liquidación…), por cada uno de los miembros de la comunidad incluso quizás en sentido opuesto.

De aquí que se afirme en la misma resolución judicial la posibilidad que a la sociedad le cabe de oponerse al ejercicio de tales derechos en una forma distinta a la prevista en el citado artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital.

Ahora bien, establecido lo anterior resulta con claridad que no estamos ante tal supuesto de hecho. Como resulta de la dicción del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital estamos ante el ejercicio de un derecho que corresponde al socio en el ámbito de un procedimiento ante el registrador mercantil, no en el seno de la propia sociedad. Es dentro de este procedimiento, regulado en el Registro Mercantil, en el que se depura la legitimación del o de los solicitantes (*vide* arts. 351, 354.2 y 359 del Reglamento del Registro Mercantil), en los términos que se han expuesto más arriba.

No hay pues posibilidad de que se produzca la hipótesis de un ejercicio desordenado del derecho en perjuicio de la sociedad a quien se le presenta una situación depurada (bien porque exista acreditado el nombramiento de un representante ex art. 126 de la Ley de Sociedades de Capital, bien porque exista acreditada la concurrencia de las mayorías previstas en el art. 398 del Código Civil, bien porque exista acreditada la concurrencia de la totalidad de los intereses integrantes de la comunidad), y frente a la que puede ejercitar su derecho de oposición.

4. Tiene razón el recurrente cuando afirma que esta Dirección General ha afirmado reiteradamente que la sociedad puede resistir el ejercicio del derecho de solicitud de nombramiento de auditor por un copropietario que no sea el representante único designado por todos los partícipes: así lo tiene declarado este Centro Directivo en Resoluciones de 19 y 20 de abril de 1994, 15 de septiembre de 2006, 8 de junio de 2007 y 13 de junio y 8 de noviembre de 2013, así como en otras posteriores (*vide* las dos de 2 de junio de 2016 y las dos de 26 de mayo de 2017).

Ahora bien, el sentido de las resoluciones no es el que propone el recurrente sino precisamente poner de manifiesto que uno sólo de los partícipes en la comunidad carece de legitimación por si solo para acudir ante el Registrador Mercantil en solicitud de designación de un auditor al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. Por el contrario, y como queda expuesto en las consideraciones anteriores, esta Dirección General ha estimado la solicitud cuando se ha producido alguna de las circunstancias

anteriormente referidas en aplicación de las reglas sobre la comunidad ordinaria y el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Almería, don Gustavo Adolfo Moya Mir, de fecha 16 de abril 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, 28 de junio de 2019 (4.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de Almería.

Resolución de 28 de junio de 2019 (5.ª)

En el expediente 104/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Traspiel, S.L.».

HECHOS

I

Don …… presentó escrito de fecha 5 de febrero de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Sevilla, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5 % del capital social de «Traspiel, S.L.» (concretamente titular del 48,78 %), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

II

El Registrador Mercantil de Sevilla, don Juan Ignacio Madrid Alonso, notifica a la sociedad mediante resolución de fecha 7 de febrero de 2019, que es recibido el día 12 del mismo mes, para que, en su caso, ejercite el derecho de oposición a tal solicitud.

III

La sociedad se opuso a la pretensión del socio mediante escrito suscrito el día 1 de marzo de 2019 por doña ……, administradora única de la mercantil, alegando que «carece de otra motivación que la de actuar como represalia contra su mujer e hija a través de la sociedad en base a intereses personales y espúreos, ocasionando un gasto absolutamente innecesario, pretendiendo paralizar la vida societaria».

IV

El Registrador Mercantil de Sevilla, don Juan Ignacio Madrid Alonso, dictó resolución de fecha 24 de abril de 2019 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

V

Doña ……, administradora única de la mercantil, por escrito de fecha 31 de mayo de 2019 que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Sevilla, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución reiterando la mala fe y abuso de derecho por parte del solicitante en el ejercicio de su solicitud que carece de cualquier causa que la fundamente.

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 no pueden imponerse al derecho individual del socio a que las cuentas del ejercicio sean objeto de auditoría.

En concreto, los motivos de recurso se pueden agrupar en dos: la ausencia de causa que justifique la solicitud del instante; y la falta de buena fe por parte del socio solicitante.

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

En cuanto al primero de dichos motivos es constante doctrina de este Centro Directivo que, a diferencia de las solicitudes de nombramiento registral de auditor para las sociedades obligadas por ley a la verificación contable y fundadas en el artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital, en aquellas otras, exentas de esta obligación, la causa de la petición es siempre y típicamente la misma: la inexistencia de una auditoría previa. Dicha circunstancia determina la existencia de un interés protegible que se reconoce a los socios minoritarios y la consecuente atribución del derecho a solicitar que se lleve a cabo la verificación. Por ello, el artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil que articula el procedimiento para la tramitación de las solicitudes fundadas en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, no exige su expresión, de alcance puramente formal, pues, como ya se ha indicado, la inexpresión de la causa de la petición o su expresión inadecuada es intrascendente en este procedimiento de nombramiento registral de auditor a instancia de los socios minoritarios de entidades mercantiles (en este sentido pueden verse las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 12 y 23 de julio, 7 de octubre de 2010 y 11 y 31 de marzo de 2014 entre otras).

Directamente relacionado con lo anterior, el interés del socio que reclama el nombramiento de auditor no es ni puede ser objeto de valoración en el estrecho ámbito de este expediente. Como es doctrina reiterada (*vide* resoluciones de 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010, entre otras), el objeto de este procedimiento se limita a determinar si concu-

rren o no los requisitos legales para la procedencia de nombramiento de auditor a instancia de la minoría sin que dentro de su estrecho cauce pueda pretenderse el conocimiento de otras materias reservadas a otras Administraciones o a los Tribunales de Justicia (arts. 354.3 y 359 del Reglamento del Registro Mercantil). Si la parte recurrente plantea cuestiones que tienen por objeto la valoración de la conducta del solicitante debe actuar en la instancia que en cada caso sea competente sin que puedan impedir que el socio ejercite debidamente el derecho que le reconoce el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. Consecuentemente, y por disposición expresa de la Ley, si concurren los requisitos legalmente establecidos prevalece el derecho del socio minoritario, aunque su ejercicio suponga para la sociedad un coste económico como resulta claramente del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

3. Respecto a la segunda cuestión objeto del recurso, 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).

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 2018.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Sevilla, don Juan Ignacio Madrid Alonso, de fecha 24 de abril 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, 28 de junio de 2019 (5.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de Sevilla.

Resolución de 28 de junio de 2019 (6.ª)

En el expediente 106/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Prados del Chaparral, S.L.».

HECHOS

I

Doña …… presenta escrito de fecha 27 de marzo de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Granada, en el que tuvo su entrada el mismo día 27, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley 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 «Prados del Chaparral, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

II

El Registrador Mercantil de Granada, don Francisco Germán Taboada Tejerizo dio traslado a la mercantil por resolución de fecha 1 de abril que es recibida el día 4, para que en caso de considerarlo oportuno realizara las alegaciones que tuviera por conveniente.

La mercantil formula oposición por escrito de fecha 12 de abril de 2019 en que alega que «con fecha 20 de diciembre de 2018 los administradores mancomunados de la entidad "Prados del Chaparral, S.L." don J. M. V. M. y don M. F. V. G. tomaron la decisión de contratar a una empresa auditora para auditar las cuentas de la sociedad del ejercicio 2018. Que

la empresa auditora elegida fue "Auditores Andaluces, S.L.", quien en la persona de su administrador don M. M. A. aceptó el encargo, y desde entonces se encuentran en la realización de su cometido.» Dichos documentos de nombramiento y aceptación han sido debidamente presentados en el Registro Mercantil a efecto de causar la oportuna inscripción.

La Registradora Mercantil de Granada doña María Cristina Palma López, mediante diligencia para mejor proveer de fecha 23 de abril de 2019 acuerda «la suspensión del plazo para resolver … hasta tanto no transcurra el plazo de despacho de conformidad con lo dispuesto en el art. 18 C. Co o en su caso el plazo de dos meses de vigencia del asiento de presentación».

La referida Registradora Mercantil dictó resolución de fecha 7 de mayo de 2019 por la que acordó no proceder al nombramiento de auditor para la verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2018 solicitado al constar inscrito el nombramiento de auditor voluntario a instancia de la mercantil.

III

Doña …… interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 7 de mayo, alegando que no consta la fehaciencia de las fechas del nombramiento y aceptación del auditor a instancia de la mercantil y no le consta que se hayan formulado las cuentas correspondientes al ejercicio 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. Vuelve a plantearse ante esta Dirección una cuestión sobre la que ha tenido ocasión de pronunciarse de modo reiterado por lo que procede aplicar la doctrina al efecto elaborada. De acuerdo con dicha doctrina (resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012, 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, 13 de mayo,17 de junio de 2014 y de 24 de septiembre de 2015 entre otras muchas), este Centro Directivo ha mantenido que la finalidad del 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, 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 auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: a) Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. b) Que se garantice el derecho del socio al informe de auditoría, lo que solo puede lograrse mediante la inscripción del nombramiento, mediante la entrega al socio del referido informe o bien mediante su incorporación al expediente.

Inscrito el nombramiento de auditor voluntario el depósito de las cuentas sólo puede llevarse a cabo si vienen acompañadas del oportuno informe de verificación. Así lo ha sancionado expresamente la modificación del artículo 279 de la Ley de Sociedades de Capital (que entró en vigor el día 1 de enero de 2016; disposiciones finales cuarta y decimocuarta de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas), cuando dice en su inciso final: «Los administradores presentarán también, el informe de gestión, si fuera obligatorio, y el informe del auditor, cuando la sociedad esté obligada a auditoría por

una disposición legal o ésta se hubiera acordado a petición de la minoría o de forma voluntaria y se hubiese inscrito el nombramiento de auditor en el Registro Mercantil.»

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

2. En el presente expediente resulta por un lado que el socio minoritario presenta su solicitud en el Registro Mercantil en fecha 27 de marzo de 2019 y, por otro, que el Registrador Mercantil acredita que ha sido nombrado auditor voluntario para el mismo ejercicio con carácter previo al indicar que en la inscripción quinta de la hoja social resulta el nombramiento de auditor voluntario de la sociedad para los ejercicios 2018. (Tomo 517, folio 49, Hoja Gr-289). Dicha inscripción es practicada en base a certificación expedida por los administradores mancomunados de la sociedad en fecha 21 de enero de 2019 y aceptada por la auditora por escrito con firmas legitimadas en fecha 8 de abril 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 tanto el nombramiento anterior como su inscripción en la hoja social del nombramiento. 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 inscripción quinta de la hoja social, por la que se procedió a la inscripción del nombramiento de auditor de cuentas para el ejercicio 2018. 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 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 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 Granada, doña Cristina Palma López, de fecha 7 de mayo de 2019, por la que resuelve desestimar la solicitud del socio minoritario 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, 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, 28 de junio de 2019 (6.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de Granada II.

Resolución de 28 de junio de 2019 (7.ª)

En el expediente 107/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Ferrer y Saret Viajes, S.L.».

HECHOS

I

Doña …… presentó escrito de fecha 5 de marzo de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, en el que tuvo su entrada el día 6 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 «Ferrer y Saret Viajes, S.L.». (titular del 10 % del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 11 de abril en el domicilio social por correo certificado con acuse de recibo, sin haber formulado oposición en el plazo legalmente previsto.

III

El Registrador Mercantil de Barcelona VI, don José Antonio Rodríguez del Valle Iborra, dictó resolución de fecha 1 de abril de 2019 por la que resolvió la no procedencia del nom-

bramiento de auditor a instancia del socio minorista al ejercer «la solicitante la administración solidaria de la sociedad durante todo el ejercicio 2018».

IV

Doña …… y don …… interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 1 de abril en base al siguiente argumento: «la realidad, sin embargo, es que pese a que ciertamente fue dicha socia la que presentó la referida solicitud, los promotores del referido expediente fueron conjuntamente tanto ella, como el otro socio minoritario de la sociedad, en este caso su padre, don ……», en quien no concurre el cargo de administrador solidario de la 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. El recurso no puede prosperar porque el fundamento anteriormente expuesto carece de virtualidad para fundamentar el derecho individual del socio reconocido en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

Efectivamente, y pese a la manifestación de que son dos los socios solicitantes como reconoce expresamente el propio escrito de recurso, la instancia de solicitud está suscrita exclusivamente por doña …… quien ha ejercido con carácter solidario y durante la totalidad del ejercicio 2018 la administración de la mercantil.

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

Así será cuando el socio haya gestionado en exclusiva los asuntos sociales o haya ejercido, o podido ejercer, la administración con carácter solidario, porque en ambos casos habría podido contratar por sí mismo los servicios de un auditor ajeno a la empresa si lo hubiera creído conveniente en ejercicio de su competencia de gestión de la sociedad, lo que no habría podido hacer si la administración fuera mancomunada o colegiada, dado que habría tenido que contar con el consentimiento de los demás (resoluciones de 27 de mayo de 2007, 3 de septiembre de 2008, 1 de septiembre de 2011 y 12 de septiembre de 2012, 4, 5, 17 y 18 de septiembre y 2 de diciembre de 2014 entre otras).

2. Como resulta del escrito de recurso en el supuesto de hecho que da lugar a la presente el socio solicitante ha sido efectivamente administrador solidario de la sociedad durante el ejercicio cuya contabilidad solicita auditar, sin perjuicio de haber desarrollado efectivamente tales competencias o no, cuestión que trasciende del alcance del presente expediente.

Por tanto, el hecho de haber desarrollado o no las competencias propias del caro que ostenta el solicitante en nada modifica el sentido de la presente resolución, ya que hasta este momento ha gozado de la facultad de contratar por sí mismo los servicios de un auditor ajeno a la empresa si lo hubiera creído conveniente en ejercicio de su competencia de gestión de la sociedad sin haberlo hecho. Así, debe concluirse que no cabe apreciar la concurrencia del oportuno interés protegible en el socio solicitante.

De igual manera no puede estimarse la pretensión de que la solicitud en realidad corresponda a don ……, extremo que no se deduce de la documentación obrante en el presente expediente.

En su virtud, esta Dirección General resuelve propone desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Barcelona VI, don José Antonio Rodríguez del Valle Iborra, de fecha 1 de abril 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, 28 de junio de 2019 (7.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de Barcelona.

Resolución de 28 de junio de 2019 (8.ª)

En el expediente 108/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Solaina Minei, S.L.».

HECHOS

I

Doña …… y don …… presentan escrito de fecha 28 de marzo de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Orense, en el que tuvo su entrada el mismo día 28, en el que solicitaron, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, y como titulares de más del 5 % del capital social de la «Solaina Minei, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

II

El Registrador Mercantil de Orense, don Andrés Ylla García-Germán, dictó resolución de fecha 22 de abril de 2019 por la que acordó no proceder al nombramiento de auditor para la verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2018 solicitado al constar inscrito el nombramiento de auditor voluntario a instancia de la mercantil.

III

Doña …… y don …… interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 22 de abril, alegando «la falta de competencia del consejo de administración para el nombramiento de voluntario de auditor».

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 auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones

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

Inscrito el nombramiento de auditor voluntario el depósito de las cuentas sólo puede llevarse a cabo si vienen acompañadas del oportuno informe de verificación. Así lo ha sancionado expresamente la modificación del artículo 279 de la Ley de Sociedades de Capital (que entró en vigor el día 1 de enero de 2016; disposiciones finales cuarta y decimocuarta de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas), cuando dice en su inciso final: «Los administradores presentarán también, el informe de gestión, si fuera obligatorio, y el informe del auditor, cuando la sociedad esté obligada a auditoría por una disposición legal o ésta se hubiera acordado a petición de la minoría o de forma voluntaria y se hubiese inscrito el nombramiento de auditor en el Registro Mercantil.»

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

2. En el presente expediente resulta por un lado que los socios minoritarios presentan su solicitud en el Registro Mercantil en fecha 28 de marzo de 2019 y, por otro, que el Registrador Mercantil acredita que ha sido nombrado auditor voluntario para el mismo ejercicio con carácter previo, al indicar que resulta inscrito el nombramiento de auditor voluntario de la sociedad para el ejercicio 2018, pese a no aportar los datos de la inscripción correspondiente. Dicha inscripción es practicada en virtud de certificación del acuerdo del consejo de administración en reunión de fecha 16 de marzo de 2019, que fue presentada para su inscripción en el Registro Mercantil junto con la aceptación del encargo por parte del auditor nombrado.

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 su inscripción 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 2018. 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 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 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 Orense, don Andrés Ylla García-Germán, de fecha 22 de abril de 2019, por la que resuelve desestimar la solicitud del socio minoritario 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 junio de 2019 (8.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de Ourense.

Resolución de 10 de julio de 2020 (1.ª)

En el expediente 66/2019 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Arestora Xestión, S.L.».

HECHOS

I

Don R. S. V. presentó un escrito de fecha 24 de enero de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Orense, en el que solicitó, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio de «Arestora Xestión, S.L.», el nombramiento de un experto para

que proceda a la determinación del valor razonable de las participaciones como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación.

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

a) Que el día 19 de octubre de 2018 requirió a la sociedad para la celebración de la junta general correspondiente al ejercicio 2017 dada la nulidad de la anterior junta a la que no fue convocado.

Que el administrador de la sociedad convocó junta general con el siguiente orden del día: examen y, en su caso, ratificación de la aprobación de las cuentas anuales y propuesta de aplicación de las reservas voluntarias dotadas en el ejercicio cerrado del año 2017 con cargo al resultado del mismo.

La sociedad celebró junta general el día 4 de diciembre de 2018. Que en dicha junta se acordó destinar el beneficio obtenido a reservas voluntarias

Se acompaña, entre otros documentos, copia del acta de presencia autorizada el día 4 de diciembre de 2018 por el notario de O Carballiño don Juan Antonio Rúa Prieto. Del acta resulta que el administrador de la sociedad requiere al notario, que está convocada junta general de la sociedad para ese mismo día y que se requiere su presencia para que asista a la junta general, compruebe las personas que asisten, los asuntos que se someten a votación y el resultado de las votaciones. Expresamente se hace constar que el requerimiento no es para que se levante acta notarial de la junta sino exclusivamente para que se levante acta de presencia en cuanto a los extremos citados.

De la diligencia de presencia del acta, de la misma fecha, resulta lo siguiente: Que están presentes y representadas determinadas personas. Que se aprueban las cuentas anuales con expresión del sentido del voto de los socios. Que a continuación el presidente somete a votación si los beneficios del ejercicio 2017 se reparten o se destinan a reservas voluntarias. De la diligencia resulta: que un socio (el ahora solicitante), vota que se repartan todos los beneficios. Que otros dos socios votan que se reparta un tercio de los beneficios y el resto se destine a reservas. Otros dos socios votan que se destine en su integridad a reservas. Que el socio hoy solicitante se ausenta abandonando la reunión.

b) Que por su parte se remitió burofax en fecha 21 de diciembre de 2018 notificando a la sociedad el ejercicio del derecho de separación con una propuesta de valoración de su 20 % del capital social si bien la sociedad contestó el día 28 de diciembre posterior negando el resultado de la votación y negando el ejercicio del derecho de separación por haber votado a favor del reparto de beneficio el 66,66 % del capital social.

c) Que reuniéndose todos los requisitos exigidos por el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital procede 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 no se ha producido el hecho de que en la junta de 4 de diciembre de 2018 no se hayan repartido el 25 % de los beneficios obtenidos. Que el notario requerido compareció en la junta a los efectos para que fue requerido ausentándose luego y siendo el acta redactada por los socios. Que en el acta notarial se refleja que 3/5 de los socios votaron a favor del reparto del beneficio y que 2/5 de los socios votaron a favor del destino a reservas del total obtenido. Que a raíz del resultado de la votación resulta que la mayoría de dos tercios aprueba el reparto de beneficios que se hará en la cuantía de un tercio de los obtenidos lo que no se ha llevado a cabo respecto del solicitante porque pese a ser solicitada no ha proporcionado cuenta en la que hacer el ingreso. 2.º Que además la

sociedad entiende que el expediente debería haberse instado en el plazo de un mes desde la celebración de la junta y no sólo la notificación de ejercicio de derecho de separación. 3.º Que como resulta de la dicción del artículo 348 bis no surge el derecho de separación si el reparto de beneficios de los últimos cinco ejercicios supera el 25 % de los beneficios repartibles en dicho periodo como ocurre en el supuesto de hecho.

Acompaña a su escrito copia del acta de la junta general celebrada el día 4 de diciembre de 2018 y firmada por el presidente y por el secretario. Del acta resulta que están presentes y representados la totalidad de los socios que representan la totalidad del capital social. Resulta que sometida a votación la propuesta de aplicación del resultado a reservas dos socios votan a favor y tres socios votan en contra si bien con disparidad de criterio en cuanto al porcentaje a distribuir ausentándose el socio hoy solicitante. Resulta que atendido el resultado de la votación se acuerda la distribución del 33,33 % del beneficio de 2017.

Trasladado el escrito de oposición por parte del Registrador Mercantil al socio solicitante, este presenta un escrito de alegaciones de fecha 22 de febrero de 2019 en el que expone: 1.º Que el administrador de la sociedad incurre en un error de transcripción al referirse a un 25 % de reparto del beneficio cuando la norma vigente se refiere a un tercio. Que, en cuanto al acta aportada al expediente, el artículo 203 de la Ley de Sociedades de Capital afirma que habiéndose solicitado la presencia notarial los acuerdos solo son eficaces si constan en la misma. Que los hechos narrados en el acta redactada por los socios distan mucho de los que resultan del acta notarial amén de haberse redactado con posterioridad al ejercicio de su derecho de separación por lo es ineficaz. Que el acta aportada es una nueva prueba del abuso de la mayoría, al venir firmada por todos los socios menos el mismo, lo que tiene encaje en el denominado imperio despótico de la mayoría. Que una vez ejercitado el derecho de separación se pretende modificar el sentido del voto solicitándole un número de cuenta sin siquiera reflejar la cifra exacta. 2.º Que en cuanto al plazo es evidente que el derecho se ejercitó en el plazo de un mes legalmente establecido sin que la Ley establezca plazo alguno para el inicio del expediente. 3.º Que la nueva redacción del artículo 348 bis no es de aplicación al supuesto pues el derecho de separación se ejercitó el día 19 de diciembre de 2018 y aquella no entró en vigor hasta el día 30 del mismo mes. Que, con cita de jurisprudencia, es la fecha de la junta general la que determina la norma aplicable por lo que se reitera en su solicitud.

III

El Registrador Mercantil de Orense, don Andrés José Ylla García Germán dictó resolución en fecha 7 de marzo de 2019 por la que acordó admitir la oposición y resolver la improcedencia del nombramiento del experto solicitado para la determinación del valor razonable de las participaciones de acuerdo con el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil. De su escrito resulta que el sentido de su resolución se fundamenta en la estimación del primer punto del escrito de oposición.

IV

Don R.S.V., por escrito de fecha 5 de abril de 2019, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Orense, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a, resumidamente, los siguientes argumentos: 1.º Que el Registrador Mercantil considera que el acta notarial aportada al expediente no ostenta el valor de acta notarial de junta en los términos del artículo 203 de la Ley de Sociedades de Capital añadiendo que carece de competencia para valorar las discrepancias entre los docu-

mentos aportados y la veracidad de las manifestaciones en ellos vertidos. 2.º Que del acta de la junta aportada de contrario resulta que existió acuerdo en orden a repartir el 33,33 % del beneficio obtenido circunscribiéndose la cuestión a si realmente cabe hacer esta valoración. Que atendido el orden del día relativo a si los beneficios del año 2017 se repartían o se destinaban a reservas resulta que el 80 % de las participaciones votaron a favor de destinar el beneficio a reservas (dos votos a destinar 2/3 y dos votos a destinar la totalidad), mientras que el 60 % de los votos lo hizo a favor del reparto del dividendo (un voto a destinar la totalidad y dos votos a destinar 1/3). Que en definitiva y en contra de lo que resulta del acta el acuerdo fue destinar el beneficio a reservas a lo que se reitera en el hecho de que fue redactada con posterioridad al ejercicio de su derecho de separación y a que implica una demostración del abuso de la mayoría.

Que no se puede afirmar que el acta notarial no tiene el carácter de acta de la junta pues en ella concurren los requisitos de los artículos 97 y 102 del Reglamento del Registro Mercantil salvo en cuanto a los acuerdos adoptados. Que una vez celebrada la junta general no pueden modificarse los acuerdos que de forma tácita constan en el acta notarial debiendo reputarse eficaces desde la fecha de su cierre ex artículo 203 de la Ley de Sociedades de Capital.

Que no comparte el razonamiento del Registrador Mercantil pues no se trata de realizar un análisis de veracidad de los datos que ya figuran en acta notarial por lo que basta que el registrador analice su contenido para ver si, como es el caso, se reúnen los requisitos del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital con cita de doctrina de esta Dirección General. Que del contenido de ambas actas cabe deducir el cumplimiento de los requisitos del artículo 348 bis sin que quepa dar por válido a todo trance el contenido de un acta sin verificar su concordancia con el contenido del acta notarial en la que consta el orden del día y el sentido de cada voto.

Trasladado a la sociedad el contenido del escrito de recurso, su administrador presenta escrito de fecha 6 de mayo de 2019 en el que se reitera en anteriores afirmaciones.

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. Celebrada junta general de una sociedad de responsabilidad limitada para aprobar las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017 así como la propuesta de aplicación de resultado, un socio ejercita su derecho de separación porque, a su juicio, la sociedad ha votado en contra del reparto de un tercio del beneficio obtenido. La sociedad por el contrario se opone, en esencia, porque afirma que la junta general aprobó el reparto de un tercio del beneficio obtenido.

La discrepancia surge porque se aportan dos documentos sobre cuyo contenido las partes opinan de forma contraria. Por un lado, se aporta un acta notarial de presencia cuyo contenido resulta de los hechos. Por otro lado, se aporta el acta de la junta elaborada y firmada por el resto de socios cuyo contenido, en lo que ahora interesa, también se ha reflejado en los hechos.

2. Esta Dirección General ha tenido ocasión de recordar cómo se lleva a cabo en las sociedades de capital la formación de la voluntad social *(vid.* Resoluciones de 5 de agosto de 2013 y 24 de octubre de 2016). De acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, la formación de la voluntad social de las sociedades de capital se lleva a cabo mediante la adopción de acuerdos en junta general (art. 159 de la Ley de Sociedades de Capital), acuerdos que se adoptan con las mayorías establecidas mediante la emisión del voto por cada socio (arts. 198 y siguientes y 201). Todos los socios tienen derecho a asistir a las juntas (art. 179) y, salvo excepciones, a emitir un voto por cada participación o acción de que sean titulares (art. 188). Es por tanto la titularidad la que determina, en principio, la legitimación para asistir a la junta y emitir el voto (arts. 91 y 93), por lo que debe ser acreditada frente a la sociedad por quien reclame el ejercicio de los derechos inherentes a la misma. Al efecto, el órgano de administración tiene encomendada la llevanza del libro registro de socios (art. 105.1) en el que han de constar las sucesivas titularidades de las participaciones (art. 104.1) con la finalidad de reconocer como socios a los que en él constan como tales (art. 104.2). En las sociedades anónimas se está a sus propias normas reguladoras en el supuesto de acciones nominativas (art. 116), o representadas por anotaciones en cuenta (art. 118.3).

Por otra parte, se atribuye a la mesa de la junta la formación de la lista de asistentes (arts. 191, 192 y 193), para lo que debe emitir una opinión cuando existan reclamaciones de titularidad que no resulten de sus registros y que pueden ser tanto estimatorias como desestimatorias (como ocurre a la hora de apreciar la existencia de representación de socios u otras circunstancias similares). Esta Dirección General tiene declarado en una dilatadísima doctrina (*vid*., por todas, la Resolución de 29 de noviembre de 2012) que corresponde al presidente realizar la declaración sobre la válida constitución de la junta, lo que implica que previamente ha adoptado una decisión cuando existe reclamación de reconocimiento de la condición de socio, declaración frente a la que pueden hacerse reservas o protestas (art. 102.1. 3.ª del Reglamento del Registro Mercantil). Asimismo, compete al presidente la declaración sobre los resultados de las votaciones, frente a la que también pueden hacerse mani-

festaciones cuya constancia en acta se puede solicitar (art. 102.1. 4.ª del citado Reglamento).

3. Por lo que se refiere a la documentación de los hechos acontecidos en la junta general, dispone así el artículo 202 de la Ley de Sociedades de Capital: «1. Todos los acuerdos sociales deberán constar en acta. 2. El acta deberá ser aprobada por la propia junta al final de la reunión o, en su defecto, y dentro del plazo de quince días, por el presidente de la junta general y dos socios interventores, uno en representación de la mayoría y otro por la minoría. 3. Los acuerdos sociales podrán ejecutarse a partir de la fecha de la aprobación del acta en la que consten.»

Por su parte el Reglamento del Registro Mercantil desarrolla dicho precepto en sus artículos 97 a 100 donde se regula el contenido del acta especificando el artículo 99.3 que el acta de la junta se firma por el secretario de la misma con el visto bueno del presidente.

Excepción a este régimen general lo constituye el supuesto de acta notarial de la junta general. Dispone 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.»

De la regulación legal resulta con meridiana claridad que cuando el acta notarial es acta de junta general no es precisa su aprobación por la propia junta y su ejecución es posible desde la fecha de su cierre por el notario autorizante.

Por su parte el Reglamento del Registro Mercantil, al desarrollar este precepto, aclara que el notario que levanta acta de la junta no se limita a hacer constar lo que perciba por sus sentidos sino que analiza el contenido de la convocatoria, así como su regularidad (art. 101.1), se asegura de la identidad de los cargos de presidente y secretario (art. 101.2) y pregunta a la junta sobre la existencia de reservas o protestas sobre las manifestaciones del presidente relativas a los socios y capital que representan (art. 101.3), haciendo constar las circunstancias a que se refiere el artículo 102 del propio reglamento. El artículo 105.1 aclara que este tipo de acta no debe confundirse con aquellas otras que limitan su contenido a determinados hechos acaecidos en la junta general que carecen de la consideración de acta de la junta (art. 105.3), lo que implica que no sustituyen al acta de la junta que ha de ser elaborada, aprobada y firmada de acuerdo a las reglas generales.

4. Llegados a este punto resulta con claridad que el recurso no puede prosperar.

Con carácter previo y con la finalidad de establecer cuál es la norma aplicable (dados los términos en que se pronuncia el escrito de oposición), es preciso llevar a cabo un pronunciamiento al respecto.

Como ha reiterado esta Dirección General (*vide* vistos), la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de Reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007 (LCEur 2007\1230), sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas, introdujo un nuevo supuesto de derecho de separación al incorporar el artículo 348 bis al texto de la Ley de Sociedades de Capital.

El precepto entró en vigor el 2 de octubre de 2011 (a los dos meses de la publicación en el Boletín Oficial del Estado de la Ley 25/2011, de 1 de agosto), y se mantuvo vigente hasta el 23 de junio de 2012. A partir del 24 de junio de 2104 su vigencia fue suspendida, primero hasta el 31 de diciembre de 2014 (por la Ley núm. 1/2012, de 22 de junio), y después hasta el 31 de diciembre de 2016 (por la Ley núm. 9/2015, de 25 de mayo).

Dicho precepto, que ciertamente ha sufrido un iter legislativo peculiar, se encuentra plenamente vigente desde el día 1 de enero de 2017 y desde entonces despliega su eficacia con independencia del ejercicio a que se refiera, pues la norma carece de cualquier limitación al respecto. Como reconoce la sentencia 84/2014 de 21 marzo de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 4.ª): «Y efectivamente, en el orden del día de la convocatoria de fecha 8 de agosto de 2011 para la Junta General Ordinaria de Accionistas se hace constar "Examen y aprobación, en su caso, de la propuesta de aplicación del resultado del ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2010". Dicha Junta de la mercantil demandada se celebra el 15 de octubre de 2011, cuando ya estaba en vigor el art. 348 bis, votando los socios demandantes en contra de no repartir dividendos, al menos un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social, aprobándose por la mayoría del capital social la propuesta de aplicar el resultado del ejercicio cerrado de 2010 a reservas. Este es el momento de la decisión de la voluntad social, el acuerdo adoptado en Junta General de Accionistas. Y como vimos se ejercita el derecho de separación por los socios demandantes dentro del mes siguiente, que es el plazo de su ejercicio, estando también en dicho momento en vigor dicho precepto, admitir lo contrario iría en contra del principio de seguridad jurídica en el tráfico jurídico, por otra parte es conocida, por reiterada, la jurisprudencia a la hora de interpretar de forma restrictiva las normas de derecho transitorio, sin extender los términos legales a situaciones no contempladas.»

La sentencia transcrita (en plena sintonía con el contenido de la sentencia del Tribunal Supremo 32/2006 de 23 enero), reconoce que es el momento del acuerdo de la junta cuando debe estar en vigor el precepto al ser cuando nace el derecho de separación por concurrencia de los requisitos legales, y con

independencia de si lo estaba al cierre del ejercicio cuya aplicación del resultado se ha votado. Así lo ha entendido expresamente esta Dirección General en aplicación de la doctrina de nuestro Tribunal Supremo (*vide* Resoluciones de 22 de diciembre de 2017, 14 y 28 de noviembre de 2018 y de 9 de enero de 2019).

Este criterio jurisprudencial ha sido expresamente sancionado por 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.

La disposición transitoria de la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, dice así en su apartado primero: «Las modificaciones introducidas por esta Ley, mediante los artículos primero, segundo y tercero, serán de aplicación para los ejercicios económicos que se inicien a partir del 1 de enero de 2018. Por excepción, las modificaciones introducidas por esta Ley mediante el artículo segundo apartado seis en el artículo 348 bis del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, serán de aplicación a las juntas generales que se celebren a partir del mismo día de su entrada en vigor.»

Por su parte la disposición final séptima de la Ley 11/2018 establece que: «Esta Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado», circunstancia que se produjo el día 30 de diciembre de 2018.

En consecuencia, es de aplicación la nueva redacción del artículo 348 bis a los acuerdos de aprobación de cuentas adoptados a partir del día 31 de diciembre de 2018. Dicha previsión es absolutamente inaplicable al supuesto de hecho como resulta de las consideraciones anteriores y de los hechos expuestos.

5. Como resulta de los hechos y de los razonamientos más arriba expresados, el socio que alega que los acuerdos de la junta han sido tales que le permiten el ejercicio del derecho de separación presenta con su escrito un acta notarial de limitado contenido y que, de acuerdo a lo expresado, carece de la naturaleza de acta de la junta general.

Así las cosas, la sociedad presenta, junto a su escrito de oposición, el acta de la junta general redactada de conformidad con el Reglamento del Registro Mercantil y firmada por los socios, a salvo el propio solicitante que se excluyó de hacerlo. Este acta de la junta general afirma que el contenido del acuerdo adoptado por los socios consiste en aprobar el reparto de un dividendo de un tercio del beneficio obtenido de donde resulta con claridad la imposibilidad de ejercicio del derecho de separación por no reunirse los requisitos establecidos en el entonces vigente artículo 348 bis.

Si la parte recurrente considera que el contenido del acta de la junta general no se corresponde con la realidad o incurre en cualquier otro vicio que la invalida tiene abierta la vía jurisdiccional para actuar en defensa de su posición jurídica mediante la interposición de la acción que corresponde, en un procedimiento contradictorio y en el que puede solicitar la declaración que estime oportuna aportando el conjunto probatorio que mejor le convenga. Lo que no puede pretender es que esta Dirección General actúe como un tribunal de justicia afirmando la falta de validez de su contenido cuando el mismo no ha acudido a los remedios legalmente establecidos para declarar si la junta ha llevado a cabo un acuerdo en sentido contrario al que reza el documento legalmente contemplado para hacerlo.

No se puede afirmar, como hace el escrito de recurso, que el acta notarial aportada constituye acta de junta pues de lo expuesto hasta ahora y de su propio contenido resulta exactamente lo opuesto. Nuevamente, si el recurrente entiende que los acuerdos adoptados en su día difieren de lo que resulta del acta de la junta aportada por la sociedad debe defender su posición en el ámbito legalmente establecido al efecto.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Orense, don Andrés José Ylla García Germán de fecha 7 de marzo 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, 10 de julio de 2019 (1.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Orense.

Resolución de 10 de julio de 2019 (2.ª)

En el expediente 93/2019 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Vitua MC,S.L.».

HECHOS

I

Doña B. M. E., actuando en representación de doña E. A. E., presentó un escrito de fecha 12 de marzo 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 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio de «Vitua MC, S.L.», el nombramiento de un experto para que proceda a la determinación del valor razonable de sus participaciones como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación.

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

a) Que la sociedad celebró junta general el día 23 de julio de 2018. De acta autorizada por el notario de Madrid don José María Madridejos Fernández, de fecha 12 de julio de 2018, copia de la cual se acompaña, resulta por diligencia de fecha 23 de julio de 2018 que se reúne en su despacho la junta general de la sociedad con la asistencia, presente y representada, de la totalidad del capital social. Que en dicha junta se aprueban las cuentas correspondientes al ejercicio 2016 así como la propuesta de aplicación del resultado con el voto en contra de lo hoy solicitante. Que a continuación se aprueban las cuentas correspondientes al ejercicio 2017 así como la propuesta de aplicación de resultado a reservas con el voto en contra de la hoy solicitante.

b) Que el día 23 de agosto de 2018 remitió burofax a la sociedad en el que ponía de manifiesto el ejercicio de su derecho de separación. Que en fecha 21 de febrero de 2019 se reiteró el envío de un burofax a la sociedad con la intención de llegar a un acuerdo.

II

Previo traslado de la solicitud por parte del Registro Mercantil, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que como resulta de la dicción del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital vigente al tiempo de la celebración de la junta general, es requisito imprescindible que el socio que ejercita el derecho de separación haya votado a favor de la distribución de beneficio lo cual no se produjo como resulta del acta pues la cuestión no fue ni siquiera sometida a debate. 2.º Que no se ha cumplido el plazo de un mes previsto en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. Que a fecha 23 de agosto de 2018 no se recibió notificación alguna por parte de la socia y, además, de la documentación aportada al expediente sólo resulta que en dicha fecha la socia remitió a un tercero (externalización de notificados y aplicaciones on line S.L.), para que este a su vez lo notificara a la sociedad. De este modo y aunque se aceptara la manifestación de dicho tercero la comunicación no se realizó sino el día 24 de agosto de 2018, día en el que el destinatario estaba ausente. Se insiste en que jamás se recibió el burofax de fecha 23 de agosto de 2018 y que en cualquier caso su ejercicio es tardío por ser posterior al plazo legalmente establecido. Que habiendo transcurrido el plazo de un mes sin que a la sociedad le constase el ejercicio del derecho de separación no puede ahora imponérsele por la vía del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital. 3.º La socia suscribió un acuerdo en fecha 5 de febrero de 2010 (copia del cual se acompaña), por el que se acordó la necesidad de unanimidad para el reparto de dividendos en la sociedad destinándose, en caso contrario, a reservas el posible beneficio obtenido. Consecuentemente la solicitud de la socia carece por completo de legitimación al obedecer el destino a reservas del beneficio obtenido al acuerdo suscrito

en su día. 4.º Que es incierto que no se haya llegado a un acuerdo con la socia porque no se ha tenido conocimiento del derecho de separación. Que la socia conoce que la sociedad carece de recursos para pagarle su participación pues ello la abocaría a la disolución y liquidación. Que su actuación supone un claro ejemplo de abuso de derecho. Que está dispuesto a adquirir sus participaciones, pero a un precio muy alejado de sus pretensiones.

III

La Registradora Mercantil de Madrid núm. 17, doña Carmen de Grado Sanz dictó resolución en fecha 11 de abril 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 M. R. C, como administrador de la sociedad, por escrito de fecha 9 de mayo de 2019, que tuvo entrada el día 13 de mayo 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: Que el recurso se ciñe a la cuestión de la extemporaneidad del ejercicio del derecho de separación sin perjuicio de la reserva de acciones sobre cualquier otro motivo. Que como se puso de relieve en el escrito de oposición habiéndose celebrado la junta general en fecha 23 de julio de 2018 el plazo del mes a que se refiere el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital vencía el día 23 de agosto de 2018. Que como la propia socia reconoce la notificación no se intentó para la compañía hasta el día 24 de agosto de 2018, fuera del plazo concedido, y no se consiguió hasta el día 22 de febrero de 2019. Que la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2006, citada en la resolución impugnada, afirma que el ejercicio del derecho implica una voluntad recipticia, es decir, del conocimiento del destinatario por lo que el correcto ejercicio del derecho exige no sólo una declaración de voluntad sino la comunicación o conocimiento del destinatario que ha de producirse dentro del mes a que hace referencia el artículo 348 bis. Que así lo ha entendido el propio Tribunal Supremo para supuestos similares como es el de ejercicio del derecho de opción de compra en sus sentencias de 17 de septiembre de 2010, 24 de abril de 1995 y 21 de diciembre de 2016. Que en el supuesto de hecho consta que la socia dejo pasar un mes completo desde la adopción del acuerdo, que el día 23 de agosto de 2018 dirigió a la sociedad intermediaria un escrito dirigido a la sociedad ejerciendo el derecho de separación; que se intentó su entrega el día 24 de agosto de 2018 no siendo posible por ausente de reparto intentándose de nuevo el día 27 de agosto de 2018 con idéntico resultado. Que no se acredita su efectiva recepción hasta el día 22 de febrero de 2019. Que en definitiva consta su efectiva entrega en esta última fecha y, en el mejor de los casos, el día 24 de agosto de 2018 y nunca antes por lo que la solicitud debió ser rechazada por extemporánea. Que a lo anterior hay que añadir que ha sido la propia socia la que no ha empleado la diligencia debida y que no ha mediado mala fe en el destinatario de la comunicación por lo que cumplido el plazo del mes podía considerarse liberado de cualquier obligación por elemental aplicación del principio de seguridad jurídica.

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. Celebrada junta general de una sociedad de responsabilidad limitada el día 23 de julio de 2018 se aprueba por la mayoría social y con el voto en contra de la hoy solicitante, la aprobación de las cuentas anuales correspondientes a los ejercicios 2016 y 2017 así como la aplicación íntegra del resultado a reservas. La socia que ha votado en contra ejercita su derecho de separación y lo notifica a la sociedad en los términos que resultan de los hechos. La sociedad se opone y la Registradora Mercantil desestima la oposición por entender que el ejercicio del derecho de separación ha sido conforme a derecho.

La sociedad recurre por el único motivo de ejercicio extemporáneo del derecho de separación. Son hechos indiscutidos y aceptados en el escrito de recurso los siguientes: Que la junta general se celebró el día 23 de julio de 2018, que la socia remitió a una sociedad intermediaria el escrito de ejercicio de su derecho de separación el día 23 de agosto de 2018 a fin de que se notificara a la sociedad. Que la notificación del escrito se intentó en fechas 24 y 27 de agosto de 2018 sin realizar la entrega y que se reiteró, esta vez con éxito, el día 22 de febrero de 2019.

La sociedad basa su motivación, en esencia, en que habiendo recibido la notificación fuera del plazo de un mes previsto en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital la solicitud es extemporánea. Que incluso aceptando que el primer intento de notificación se llevó a cabo el día 24 de agosto de 2018, dado el carácter recepticio de la declaración de voluntad, sería igualmente extemporánea.

2. Alega la sociedad que el ejercicio del derecho es extemporáneo por cuanto la imposición del burofax por el que el socio comunicaba a la sociedad el ejercicio de su derecho fue recibido por la sociedad transcurrido el plazo de un mes a que se refiere el artículo 348.2 de la Ley de Sociedades de Capital

que dice así: «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 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.

Específicamente para el supuesto de ejercicio por falta de reparto de dividendo resulta del número dos del artículo 348 bis: «2. El plazo para el ejercicio del derecho de separación será de un mes a contar desde la fecha en que se hubiera celebrado la junta general ordinaria de socios.». Como ha quedado expuesto el Tribunal Supremo (Sentencia núm. 32/2006 de 23 enero), tiene declarado que: «El derecho de separación…nace por efecto del acuerdo adoptado con oposición del que pretende la separación, desde la aprobación del acta (art. 54.3 LSRL), que no es necesaria cuando sea notarial (art. 55.1 y 2 de la misma Ley) y no requiere que la sociedad lo acepte…». Y más adelante que: «El derecho de separación, pues, implica una declaración recipticia, que en el caso se ha producido, según queda probado y reconocido. Tal declaración puede realizarse (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 lo dispuesto en el artículo 97.1. I.»

Resulta en consecuencia indubitado que el ejercicio del derecho de separación debe llevarse a cabo en el plazo de un mes desde la aprobación del acuerdo a que se refiere el artículo 348 bis o desde la aprobación del acta de la junta si se realiza con posterioridad.

3. En el supuesto de hecho que da lugar a la presente resulta del expediente, y la sociedad recurrente no lo discute, que la socia llevó a cabo su declaración de ejercicio del derecho de separación en el plazo de un mes desde la adopción del acuerdo y llevó a cabo la remisión de su declaración a la sociedad. Resulta por tanto de forma indubitada que ejerció su derecho en el plazo previsto legalmente pues siendo igualmente indiscutido que asistió representada a la junta en la que se adoptó el acuerdo sobre la propuesta de aplicación del resultado es desde ese momento en que ha de computarse el plazo como reconoce la sociedad. La pretensión de la recurrente de que el plazo se compute desde que la misma recibió la notificación carece por completo de fundamento pues dejaría reducido el plazo de un mes legalmente establecido a otro distinto, menor y variable con claro perjuicio del derecho individual del socio. La sociedad confunde el ejercicio del derecho, que debe realizarse en el plazo de un mes como resulta del contenido de la Ley con la recepción de su ejercicio que, evidentemente, será mayor y dependerá de las circunstancias del procedimiento de notificación. Como resulta de la doctrina del Tribunal Supremo expuesta anteriormente una cosa es el ejercicio del derecho y otra su carácter recepticio lo que implica la necesidad de que la sociedad sea objeto de notificación posterior.

El carácter recepticio de la notificación de ejercicio del derecho implica, no un requisito de ejercicio del derecho, sino de su oponibilidad a la sociedad. Como resulta de la reiterada sentencia de nuestro Tribunal Supremo 32/2006 de 23 enero, la sociedad se constituye en obligada desde la recepción de la notificación: «Los actos a realizar por la sociedad son actos debidos, y no condiciones potestativas. La sociedad ha de publicar, ha de informar para obtener la fijación del valor, si no llega a un acuerdo sobre valoración, en base a un comportamiento que se ha de llevar a efecto en buena fe (arts. 7.1 y 1258 CC, 57 del CCom [LEG 1885, 21]), ha de pagar al auditor y, dentro de los dos meses siguientes a la recepción del informe de valoración, ha de reembolsar el valor de las participaciones o lo ha de consignar (art. 101, inciso segundo) y, finalmente, los administradores han de otorgar la escritura de reducción de capital (art. 102), incluso cuando la sociedad quede por debajo del mínimo legal (arts. 102.2 y 108 LSRL [RCL 1995, 953]).» Resulta evidente que hasta que la sociedad no recibe la notificación de ejercicio del derecho de separación no le es exigible el cumplimiento del conjunto de obligaciones que surgen de dicha circunstancia.

El recurrente sostiene que la doctrina de la reiterada sentencia no es de aplicación por cuanto de la misma resulta la necesidad de que el cómputo se haga desde la recepción de la notificación o desde el intento de notificación. Como resulta de los particulares transcritos la doctrina que emana de la sentencia es perfectamente aplicable al supuesto de hecho por referirse a cuestiones generales que definen el ejercicio del derecho de separación. El criterio ha sido, además reiterado, por distintas resoluciones de Audiencias Provinciales (*vide* al respecto, sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección

4.ª) Sentencia núm. 84/2014 de 21 marzo; sentencia, que trae causa de la anterior, de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 4.ª) Sentencia núm. 12/2018 de 15 enero; sentencia de la Audiencia de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4.ª) Sentencia núm. 322/2015 de 2 diciembre.)

La sociedad recurrente apela a la doctrina de distintas sentencias del Tribunal Supremo que, a su juicio, desvirtúan las conclusiones anteriores. Pero la sociedad recurrente hace una lectura interesada de la doctrina del Tribunal Supremo en relación al ejercicio del derecho de opción de compra. En primer lugar, porque su contenido no es tan concluyente como pretende la recurrente: Como resulta de la sentencia de 17 septiembre 2010: «la declaración del optante tiene carácter recepticio, y para que sea eficaz, si otra cosa no se pactó, debe ser conocida por el "concedente" dentro del plazo fijado o, alternativamente, habiéndose remitido al concedente dentro del expresado plazo, el destinatario no puede ignorarla sin faltar a la buena fe, por haber llegado a su círculo de interés...». Esta doctrina, que confirma la posterior de 24 de abril de 1995, no es acogida sin más por la sentencia del Tribunal Supremo 738/2016 de 21 diciembre, que las recensiona, sino que expresamente afirma que: «Es esta doctrina, reflejada en las dos sentencias que se acaban de citar, la predominante en la jurisprudencia de esta sala aun cuando puedan registrarse algunas sentencias que han sostenido lo contrario, en el sentido de bastar que la comunicación del optante se produzca dentro de plazo concedido, con independencia del momento en que llegue a conocimiento del concedente u optatario su voluntad de ejercicio de la opción. En este sentido pueden ser citadas las sentencias 395/2000, de 11 abril (RJ 2000, 2434), y 277/2010, de 30 abril.» Dicha sentencia termina afirmando que: «Hay que concluir, por tanto, que el carácter recepticio de la comunicación sobre el ejercicio de la opción requiere que haya llegado a conocimiento del concedente dentro del plazo establecido por los contratantes o en su caso que, si no ha llegado dentro de dicho plazo, tal circunstancia resulte imputable al propio concedente y nunca al optante.»

En conclusión y dejando de lado el hecho de que no existe identidad de razón entre un derecho de configuración voluntaria y un derecho de origen legal el Tribunal Supremo confirma que al titular del derecho que lo ejercita en plazo no puede imputársele sin más el hecho de que la efectiva notificación sea realice en un momento posterior, cuestión esta que escapa por completo del ámbito de este expediente que no tiene otra finalidad que determinar si concurren los requisitos legales para que proceda la designación de experto a que se refiere el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital. 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).

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la Registradora Mercantil Madrid núm. 17, doña Carmen de Grado Sanz de fecha 11 de abril 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, 10 de julio de 2019 (2.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de Madrid.

Resolución de 1 de agosto de 2019 (1.ª)

En el expediente 57/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Maguevi Instalaciones, S.L.».

HECHOS

I

Don …… presentó escrito dirigido al registro mercantil de Tarragona, en el que tuvo su entrada el 15 de marzo de 2019, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y siendo titular de más del 5 % del capital social de «Maguevi Instalaciones, S.L.»

II

Mediante escrito de fecha 27 de marzo de 2019, que tuvo su entrada en el Registro Mercantil el mismo día 27 citado, suscrito por don …… y don ……, en su calidad de adminis-

tradores mancomunados, según manifiestan, de la mercantil «Maguevi Instalaciones, S.L.», se opusieron a la pretensión del socio, alegando haber formulado encargo profesional de auditar las cuentas del ejercicio 2018, cuyo informe sería puesto a disposición del socio minoritario peticionario.

III

El Registrador Mercantil de Tarragona I, don Juan Enrique Ballester Colomer, dictó resolución en fecha 29 de marzo de 2019 por la que acordó desestimar la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don …… y don ……, en su calidad de administradores mancomunados, según manifiestan, de la mercantil «Maguevi Instalaciones, S.L.», por escrito de fecha 23 de abril de 2019, que tuvo entrada el mismo día 23 del citado mes en el Registro Mercantil de Tarragona, interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición, poniendo de manifiesto además la mala fe y los perjuicios que pretende irrogar a la sociedad el socio minoritario, todo ello en los términos que obran en el expediente.

V

Conforme a lo establecido en el artículo 118 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, por oficio de fecha 30 de mayo de 2019, se procede por este Centro Directivo a comunicar al recurrente la concesión de un plazo de quince días hábiles a fin de justificar cualquiera de los extremos a que se contrae el oficio en cuestión.

VI

Mediante escrito de fecha 10 de junio de 2019, que tuvo su entrada en el Registro Mercantil de Tarragona el mismo día 10 de junio citado, y en esta Dirección General el día 12 de junio de 2019, don ……, como solicitante inicial, renuncia a la solicitud de nombramiento de auditor presentada y solicita el archivo del procedimiento en cuestión.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 5, 21, 84 y 94 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 265 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguien-

tes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.

Esta Dirección General ha resuelto aceptar el desistimiento presentado por don ……, solicitante de la auditoría de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018 para la sociedad «Maguevi Instalaciones, S.L.» y declarar concluso el procedimiento iniciado a su instancia al no existir interés protegible que imponga su continuación.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución 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 agosto de 2019 (1.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Tarragona.

Resolución de 1 de agosto de 2019 (2.ª)

En el expediente 63/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Eulogio e hijos, S.L.».

HECHOS

I

Don …… presentó escrito de fecha 27 de marzo de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Toledo, 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 «Eulogio e hijos, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

Junto con dicha solicitud acompaña copia de escritura de poder otorgado por don José Luis González Bargueño a favor de don …… ante el notario de Madrid, don José Luis

López de Garayo y Gallardo, con fecha 5 de diciembre de 2016, por la que el expresado don …… confiere poder tan amplio y bastante como en derecho se requiera a favor del citado don ……, con relación a los bienes, muebles, inmuebles, derechos y participaciones propiedad actualmente del poderdante y que le han sido adjudicadas por herencia de su padre, aceptada por el poderdante dicha herencia, entre ellas, las siguientes facultades: TERCERA:»…ejercitar todos los derechos y obligaciones, inherentes a la cualidad de socio y acepta y desempeñar cargos en ella».

II

Copia de dicho escrito y de la documentación aportada es notificado a la mercantil por oficio de 1 de abril de 2019 en el domicilio social, que es recibido el día 2 del mismo mes. De dicho oficio resulta que don …… actúa como apoderado de don ……, alegando ser socio titular de más del 5 % del capital social. La mercantil, por medio de escrito de doña ……, en su condición de administradora única, formula oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito de 5 de abril, alegando, en esencia, que el solicitante no tiene legitimidad por falta de mandato real del verdadero socio, y que el porcentaje del socio solicitante es menor al expresado por él en la solicitud de nombramiento de auditor.

III

La Registradora Mercantil de Toledo I, doña Pilar del Olmo López, dictó resolución en fecha 9 de abril de 2019 por la que acordó desestimar la oposición de la mercantil con arreglo a los fundamentos de derecho que resultan de la resolución que obra en el expediente.

IV

Doña ……, en su condición de administradora única, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 9 de abril, afirmando en primer lugar que el socio es «obviamente titular de más de un 5 % de las participaciones sociales». A continuación, y además de otras cuestiones personales, expresa que su motivo de oposición, como ya hiciera en su momento, es la falta de mandato real del verdadero socio don …… al solicitante don ……, que entiende lleva consigo falta de legitimación de este último.

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 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). 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.

2. En el presente expediente el recurso planteado no puede prosperar, ya que no ha quedado desvirtuada la legitimidad del solicitante puesto que la propia mercantil en ningún momento niega la titularidad de don ……, al contrario, expresamente manifiesta que es titular de más de un 5 % de las participaciones sociales; sino sólo si, efectivamente, don …… actúa en nombre y representación del socio en cuestión.

En este punto, el principio de prueba de la titularidad aportado por el solicitante no se ha desvirtuado por la recurrente, limitándose a negarlo de manera abstracta. Así, don ……, para acreditar su condición de apoderado del socio don ……, presenta copia de la escritura de poder otorgada ante el notario de Madrid, don José Luis López de Garayo y Gallardo, con fecha 5 de diciembre de 2016, número4878 de protocolo.

En dicha escritura, don …… apodera a don ……s, entre otras cosas, para «ejercitar todos los derechos y obligaciones, inherentes a la cualidad de socio y acepta y desempeñar cargos en ella», lo que incluye, desde luego, petición de nombramiento de auditor a instancia de socio minoritario conforme al artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital. Frente a esto, y como anteriormente se ha expuesto, la sociedad simplemente manifiesta la carencia de mandato real para iniciar el presente expediente por parte del solicitante.

Por todo ello debe concluirse que la sociedad no ha desvirtuado el principio de prueba de la legitimación del solicitante debiendo ser desestimado el presente recurso.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso y confirmar la resolución de la Registradora Mercantil de Toledo I, doña Pilar del Olmo López, de fecha 9 de abril de 2019, por la que acordó desestimar la oposición de la mercantil.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución 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 agosto de 2019 (2.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de Toledo.

Resolución de 1 de agosto de 2019 (3.ª)

En el expediente 69/2019 sobre nombramiento de auditor excepcional a instancia de la sociedad «Funbricks Holding, S.L.».

HECHOS

I

Por escrito de fecha 26 de abril de 2019, con entrada en este Ministerio el día 8 de mayo del mismo año, el Registrador Mercantil de Barcelona XV, don Jesús María Ducay López, 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 las cuentas consolidadas solicitado para el ejercicio 2017 de la sociedad «Funbricks 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, y escrito anexo a la misma, 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 29 de enero de 2019, formulada por doña …… y ……, en nombre y representación de la mercantil solicitante, derivando su legitimación de sus cargos de administradora única entrante y Secretario, respectivamente. Asimismo, forma parte del expediente el informe de fecha 26 de abril de 2019 del Registrador Mercantil de Barcelona XV, don Jesús María Ducay López, del que se deduce que puede entenderse justificada la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor y elevando el expediente a esta Dirección General.

III

De la solicitud inicial de nombramiento de auditor de fecha 29 de enero de 2019, dirigida al registro mercantil de Barcelona, formulada por doña …… y don ……, en nombre y representación de la mercantil solicitante, derivando su legitimación de sus cargos de administradora única entrante y Secretario, respectivamente, según lo señalado anteriormente, al amparo del artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 del Reglamento del Registro Mercantil, en especial el artículo 356 del expresado Reglamento, y según manifiestan los interesados, resulta, en esencia:

1.º Que la citada sociedad, está obligada a la verificación de las cuentas anuales consolidadas, si bien, finalizado el ejercicio a auditar no ha sido nombrado auditor de cuentas por la Junta.

2.º Como circunstancias especiales que justifican que el nombramiento de auditor de las cuentas anuales consolidadas de la sociedad para el ejercicio social en persona determinada, en concreto en la persona de «Pricewaterhousecoopers» (PwC), según criterio y manifestación del solicitante en el anexo a su solicitud son, en esencia, las siguientes:

1.ª– Debido a la existencia de conflicto con el socio minoritario y el acuerdo en Junta General que la compañía auditora sea una de las cuatro grandes firmas de Auditoría (Deloitte, E&Y, KPMG o PriceWaterhouseCoopers).

2.ª– Haber trabajado dicha empresa auditora, «Pricewaterhousecoopers» (PwC), en la confección de diversos análisis contables del grupo «Funbricks» por lo que ya es conocedora de la operativa y del día a día de la empresa.

IV

Por su parte, el Registrador Mercantil de Barcelona XV, don Jesús María Ducay López, emite informe de fecha 26 de abril de 2019, del que se deduce que puede entenderse justificada la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor, elevando el expediente a esta Dirección General dadas las facultades discrecionales que el Reglamento del Registro Mercantil (art. 356) confiere a este Centro Directivo y con pleno respeto al mejor criterio que pudiera adoptar este Centro Directivo.

En concreto, y además de citar los argumentos del solicitante, así como relatar diversas contingencias relacionadas con la anterior auditora encargada, entre ellas, comunicación recibida por parte de la misma en el registro mercantil poniendo de manifiesto la imposibilidad absoluta de llevar a cabo el trabajo de auditoría de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017, informa el citado registrador que:

1. La sociedad «Funbricks Holding, S.L.» ha depositado cuentas consolidadas los ejercicios 2005 a 2016, y consolida cuentas en relación al citado ejercicio 2017.

2. Concurren presupuestos reveladores de volumen económico significativo.

3. La sociedad «Pricewaterhousecoopers Auditores, S.L.» ha confeccionado varios análisis de la sociedad «Funbricks Holding, S.L.» lo que determina por la sociedad auditora un adecuado conocimiento de las circunstancias contables de la mercantil solicitante.

4. Y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 356 del RRM, solicita y remite a esta Dirección General el expediente en cuestión a los efectos oportunos.

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 Barcelona XV, don Jesús María Ducay López, emite informe de fecha 26 de abril de 2019, del que se deduce que puede entenderse justificada la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor, en los términos que han sido expuestos.

4. A la luz de las consideraciones anteriores, de los hechos expuestos y del informe de fecha 26 de abril de 2019 del Registrador Mercantil de Barcelona XV, don Jesús María Ducay López, resulta la concurrencia de circunstancias especiales que justifican la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor por cuanto concurren presupuestos reveladores de volumen económico significativo y conveniencia de que la elaboración y auditoría de las cuentas anuales consolidadas de la sociedad peticionaria del ejercicio 2017 sea hecha por la misma auditora que ha confeccionado ya varios análisis de la sociedad «Funbricks Holding, S.L.», lo que determina 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 cometido en cuestión.

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 situa-

ción 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 «Funbricks Holding, S.L.», a fin de que verifique las cuentas anuales consolidadas correspondientes al ejercicio 2017, al resultar del expediente que en la sociedad solicitante concurren causas que así lo justifican.

2.º Autorizar al Registrador Mercantil de Barcelona XV, don Jesús María Ducay López, a nombrar a «Pricewaterhousecoopers Auditores, S.L.», siempre que se acredite su inscripción en el ROAC, al no resultar ésta del expediente obrante en esta Dirección General, para que lleve a cabo las labores de auditoría correspondientes al ejercicio 2017, de conformidad con el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil.

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

Esta Dirección General ha resuelto 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, 1 de agosto de 2019 (3).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de Barcelona.

Resolución de 1 de agosto de 2019 (4.ª)

En el expediente 70/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Round Robin Inversiones, S.L.».

HECHOS

I

Doña …… presentó escrito dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 18 de febrero 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, en su condición de administradora única de la mercantil de «MDM Titulari, S.L.» y socia de «Round Robin Inversiones, S.L.», y como titular «MDM Titulari, S.L.» de más del 5 % del capital social de «Round Robin Inversiones, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

Con el anterior escrito de solicitud se acompañan los documentos que se estiman pertinentes.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por medio de oficio de fecha 20 de febrero de 2019, formulando oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito que tuvo su entrada en el Registro Mercantil el día 1 de marzo de 2019 suscrito por don ……, en su condición de representante persona física del administrador persona jurídica de la mercantil «Round Robin Inversiones, S.L.». En dicho escrito de oposición se alega, en esencia y según se deduce del mismo:

1. Falta de legitimación de la solicitante por litispendencia de su participación en el capital social de la sociedad, informando al registro que «se encuentra discutida en sede civil y penal la participación que alega tener la solicitante –se refiere a la Sra. ……– en el capital social de la sociedad a través de MDM». Manifestando, asimismo, la transmisión de acciones y participaciones de la propia Sra. …… en el capital social de MDM.
2. Que la solicitud de auditor se ha hecho en este punto con el interés de hacer incurrir a las sociedades del grupo familiar en gastos innecesarios.

Como consecuencia de lo anterior, solicita del registro mercantil que, denegando la solicitud formulada a instancia de «MDM Titulari, S.L.» proceda a dejar en suspenso la tramitación del expediente en cuestión hasta que los Juzgados y Tribunales correspondientes resuelvan sobre la titularidad de MDM y, en consecuencia, de la Sociedad, así como la legitimidad de la Sra. …… como administradora única de MDM.

Con el indicado escrito de oposición, se acompaña la documentación que se estima pertinente.

III

Consecuencia del requerimiento como diligencia para mejor proveer por parte del registro mercantil para la ratificación de la solicitud inicial de este expediente por persona legitimada tras el ejercicio de la acción de responsabilidad formulada contra su administradora única Sra. ……, don ……, en nombre y representación de la mercantil «MDM Titulari, S.L.», en su condición de apoderado de la mencionada sociedad, y a la vista del escrito de oposición, además de ratificarse en la solicitud inicial de nombramiento de auditor, formula al mismo las alegaciones que tiene por conveniente por medio de escrito de fecha 1 de abril de 2019, que tuvo su entrada en el registro mercantil el mismo día 1 de abril. En esen-

cia, viene a señalar en dicho escrito que las participaciones de «Round Robin Inversiones, S.L.» no se encuentran entre las sociedades cuyas acciones/participaciones sí fueron objeto de donación, entre otras razones porque la Sra. …… no es propietaria de las acciones *(sic)* de dicha sociedad, siendo su legítimo propietario «MDM Titulari, S.L.», no siendo por tanto objeto de litispendencia por no haber sido donadas.

IV

El Registrador Mercantil de Madrid IV, don Alfonso Ventoso Escribano, dictó resolución de fecha 8 de abril de 2019 por la que acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor solicitado para el ejercicio 2018, al no desvirtuar la sociedad afectada la concurrencia de los requisitos formales a valorar por el registrador.

V

Don ……, en su condición de representante persona física del administrador persona jurídica de la mercantil «Round Robin Inversiones, S.L.» interpuso recurso gubernativo *(sic)*, ante esta Dirección General contra la anterior resolución de fecha 8 de abril de 2019, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos, al que añade el de abuso de derecho por parte del solicitante.

Por todo lo anterior, viene a solicitar de este Centro Directivo que, dejando sin efecto la resolución recurrida proceda a dejar en suspenso la tramitación del expediente en cuestión hasta que los Juzgados y Tribunales correspondientes resuelvan sobre la titularidad de MDM y, en consecuencia, de la Sociedad, así como la legitimidad la Sra. …… como administradora única de MDM y de los representantes nombrados por esta y, de forma subsidiaria, y sólo para el caso de que se deniegue la anterior, acuerde la acumulación de los expedientes correspondientes a las sociedades «Participaciones Empresariales de Levante, S.A., «Round Robin Inversiones, S.L.» y «Venersur, S.L.» y se proceda a nombrar un único auditor para todos ellos.

Con el escrito de recurso acompaña el recurrente la documentación que estima pertinente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 35, 88, 89, 98, 108, 117, 120, 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 y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

Como cuestión previa, es preciso señalar 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).

1. Como ha reiterado la Dirección General de los Registros y del Notariado (así, en 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 otras), procede la suspensión del procedimiento cuando se está discutiendo en vía judicial su legitimación, bien porque se discuta su condición de socio, bien para discutir si el solicitante es titular de participaciones concretas, bien para determinar si el solicitante es titular de un porcentaje sobre un conjunto de ellas bien porque se discuta el porcentaje de participación en el capital social consecuencia de la impugnación de acuerdos sociales relativos a la ampliación de capital adoptados en junta general, lo que podría afectar al porcentaje del que fuera efectivamente titular la solicitante, a tenor del resultado del proceso. Así, el hecho de que el conocimiento de la cuestión debatida estuviera siendo ejercitada por los Tribunales impediría un pronunciamiento en tanto no existiese una resolución judicial firme al respecto.

No obstante, en el presente caso, no ha quedado acreditado en el expediente que existe litispendencia en torno a la legitimación del solicitante por haberse planteado ante el Juzgado competente la correspondiente demanda, puesto que del expediente resulta que el solicitante no es doña ……, sino la mercantil «MDM Titulari, S.L.», resultando además de la inscripción 2.ª y última de la hoja social en el registro mercantil que la mercantil solicitante reúne el requisito mínimo del 5 %, por lo que no procede declarar en suspenso la tramitación del expediente tal y como solicita el recurrente, al no resultar del expediente la litispendencia que sería exigible respecto de la titularidad de las participaciones en cuestión.

En resumen, no resultando del expediente obrante en esta Dirección General la existencia de procedimiento judicial sobre las participaciones que ostenta la solicitante «MDM Titulari, S.L.» en «Round Robin Inversiones, S.L.» no procede suspensión alguna del procedimiento en cuestión.

2. En cuanto a la alegación basada en el abuso de derecho y mala fe por parte del solicitante, es doctrina consolidada de esta Dirección que siendo indiscutible que nuestro ordenamiento jurídico no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo 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 Gene-

ral de los Registros y del Notariado de fechas 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010 y 11 de marzo de 2014, entre otras).

Como ya se ha expresado 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 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; lo que se relaciona con el motivo siguiente de alegación, relativo a razones económicas y gastos innecesarios para las sociedades del grupo familiar como interés del solicitante al formular su petición.

3. En concreto, y en cuanto al motivo de alegación basado en el coste económico que la petición comporta para la sociedad, esto es, que la solicitud de auditor se ha hecho en este punto con el interés de hacer incurrir a las sociedades del grupo familiar en gastos innecesarios, es cuestión sobre la que este Centro Directivo también ha tenido ocasión de pronunciarse en numerosas ocasiones. Así, alegaciones como las relativas a la situación económica de la sociedad, falta de tesorería para hacer frente a la auditoría, costes de la verificación contable, integrados esencialmente por el importe de los honorarios profesionales o, como es el presente caso, la expresa alegación de gastos innecesarios que la petición comportaría para la sociedad (art. 267 de la Ley de Sociedades de Capital), no puede ser estimada, pues de acuerdo con el artículo 265 del mismo texto legal, dichos costes corren a cargo de la sociedad. Como ha reiterado este Centro (resoluciones de 27 de febrero de 2013,

31 de enero de 2014, 16 de marzo de 2016, 8 y 12 de julio de 2016, entre otras, y como más recientes) el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital no deja margen a la interpretación, por lo que con independencia de cuales sean las condiciones económicas de la sociedad y el perjuicio económico alegado, se impone el derecho individual del socio a conocer el estado contable de la sociedad y a su verificación por auditor nombrado por el Registro Mercantil; extremo que, por otra parte, es reconocido por el propio recurrente en el primer inciso del punto 4 de su escrito de oposición.

Esta Dirección General ha resuelto confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Madrid IV, don Alfonso Ventoso Escribano, de fecha 8 de abril de 2019 por la que acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor solicitado para el ejercicio 2018, en los términos expresados en 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, 1 de agosto de 2019 (4.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de Madrid.

Resolución de 1 de agosto de 2019 (5.ª)

En el expediente 71/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Ventersur, S.L.».

HECHOS

I

Doña …… presentó escrito dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 18 de febrero 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, en su condición de administradora única de la mercantil «MDM Titulari, S.L.», y socia de «Ventersur, S.L.» y como titular «MDM Titulari, S.L.» de más del 5 % del capital social de «Ventersur, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

Con el anterior escrito de solicitud se acompañan los documentos que se estiman pertinentes.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por medio de oficio de fecha 20 de febrero de 2019, formulando oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito que tuvo su entrada en el Registro Mercantil el día 1 de marzo de 2019 suscrito por don ……, en su condición de administrador único de «Ventersur, S.L.». En dicho escrito de oposición se alega, en esencia y según se deduce del mismo:

1. Falta de legitimación de la solicitante por litispendencia de su participación en el capital social de la sociedad, informando al registro que «se encuentra discutida en sede civil y penal la participación que alega tener la solicitante –se refiere a la Sra……– en el capital social de la sociedad a través de MDM». Manifestando, asimismo, la transmisión de acciones y participaciones de la propia Sra. …… en el capital social de MDM.
2. Que la solicitud de auditor se ha hecho en este punto con el interés de hacer incurrir a las sociedades del grupo familiar en gastos innecesarios.

Como consecuencia de lo anterior, solicita del registro mercantil que, denegando la solicitud formulada a instancia de «MDM Titulari, S.L.» proceda a dejar en suspenso la tramitación del expediente en cuestión hasta que los Juzgados y Tribunales correspondientes resuelvan sobre la titularidad de MDM y, en consecuencia, de la Sociedad, así como la legitimidad de la Sra. …… como administradora única de MDM.

Con el indicado escrito de oposición, se acompaña la documentación que se estima pertinente.

III

Consecuencia del requerimiento como diligencia para mejor proveer por parte del registro mercantil para la ratificación de la solicitud inicial de este expediente por persona legitimada tras el ejercicio de la acción de responsabilidad formulada contra su administradora única Sra. ……, don ……, en nombre y representación de la mercantil «MDM Titulari, S.L.», en su condición de apoderado de la mencionada sociedad, y a la vista del escrito de oposición, además de ratificarse en la solicitud inicial de nombramiento de auditor, formula al mismo las alegaciones que tiene por conveniente por medio de escrito de fecha 1 de abril de 2019, que tuvo su entrada en el registro mercantil el mismo día 1 de abril. En esencia, viene a señalar en dicho escrito que las participaciones de «Ventersur, S.L.». no se encuentran entre las sociedades cuyas acciones/participaciones sí fueron objeto de donación, entre otras razones porque la Sra. …… no es propietaria de las acciones *(sic)* de dicha sociedad, siendo su legítimo propietario «MDM Titulari, S.L.», no siendo por tanto objeto de litispendencia por no haber sido donadas.

IV

El Registrador Mercantil de Madrid XXIII, don Fernando Trigo Portela, dictó resolución de fecha 8 de abril de 2019 por la que acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor solicitado para el ejercicio 2018, al no desvirtuar la sociedad afectada la concurrencia de los requisitos formales a valorar por el registrador.

V

Don ……, en su condición de administrador único de la mercantil «Ventersur, S.L.». interpuso recurso gubernativo *(sic)*, ante esta Dirección General contra la anterior resolución de fecha 8 de abril de 2019, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos, al que añade el de abuso de derecho por parte del solicitante.

Por todo lo anterior, viene a solicitar de este Centro Directivo que, dejando sin efecto la resolución recurrida proceda a dejar en suspenso la tramitación del expediente en cuestión hasta que los Juzgados y Tribunales correspondientes resuelvan sobre la titularidad de MDM y, en consecuencia, de la Sociedad, así como la legitimidad la Sra. …… como administradora única de MDM y de los representantes nombrados por esta y, de forma subsidiaria, y sólo para el caso de que se deniegue la anterior, acuerde la acumulación de los expedientes correspondientes a las sociedades «Participaciones Empresariales de Levante, S.A.», «Round Robín Inversiones, S.L.», y «Ventersur, S.L.» y se proceda a nombrar un único auditor para todos ellos.

Con el escrito de recurso acompaña el recurrente la documentación que estima pertinente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 35, 88, 89, 98, 108, 117, 120, 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 y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

Como cuestión previa, es preciso señalar 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 arts. 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

1. Como ha reiterado la Dirección General de los Registros y del Notariado (así, en 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 otras), procede la suspensión del procedimiento cuando se está discutiendo en vía judicial su legitimación, bien porque se discuta su condición de socio, bien para discutir si el solicitante es titular de participaciones concretas, bien para determinar si el solicitante es titular de un porcentaje sobre un conjunto de ellas bien porque se discuta el porcentaje de participación en el capital social consecuencia de la impugnación de acuerdos sociales relativos a la ampliación de capital adoptados en junta general, lo que podría afectar al porcentaje del que fuera efectivamente titular la solicitante, a tenor del resultado del proceso. Así, el hecho de que el conocimiento de la cuestión debatida estuviera siendo ejercitada por los Tribunales impediría un pronunciamiento en tanto no existiese una resolución judicial firme al respecto.

No obstante, en el presente caso, no ha quedado acreditado en el expediente que existe litispendencia en torno a la legitimación del solicitante por haberse planteado ante el Juzgado competente la correspondiente demanda, puesto que del expediente resulta que el solicitante no es doña ……, sino la mercantil «MDM TITULARI, S.L.», resultando además acreditado por la escritura alegada en el expediente, en concreto, la de compraventa de participaciones sociales autorizada por el notario de Madrid, don Carlos Ruiz-Rivas Hernando, el 30 de mayo de 2014, protocolo 1260, que la mercantil solicitante reúne el requisito mínimo del 5 %, por lo que no procede declarar en suspenso la tramitación del expediente tal y como solicita el recurrente, al no resultar del expediente la litispendencia que sería exigible respecto de la titularidad de las participaciones en cuestión.

En resumen, no resultando del expediente obrante en esta Dirección General la existencia de procedimiento judicial sobre las participaciones que ostenta la solicitante «MDM Titulari, S.L.» en «Ventersur, S.L.». no procede suspensión alguna del procedimiento en cuestión.

2. En cuanto a la alegación basada en el abuso de derecho y mala fe por parte del solicitante, es doctrina consolidada de esta Dirección que siendo indiscutible que nuestro ordenamiento jurídico no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo 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 ya se ha expresado 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 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; lo que se relaciona con el motivo siguiente de alegación, relativo a razones económicas y gastos innecesarios para las sociedades del grupo familiar como interés del solicitante al formular su petición.

3. En concreto, y en cuanto al motivo de alegación basado en el coste económico que la petición comporta para la sociedad, esto es, que la solicitud de auditor se ha hecho en este punto con el interés de hacer incurrir a las sociedades del grupo familiar en gastos innecesarios, es cuestión sobre la que este Centro Directivo también ha tenido ocasión de pronunciarse en numerosas ocasiones. Así, alegaciones como las relativas a la situación económica de la sociedad, falta de tesorería para hacer frente a la auditoría, costes de la verificación contable, integrados esencialmente por el importe de los honorarios profesionales o, como es el presente caso, la expresa alegación de gastos innecesarios que la petición comportaría para la sociedad (art. 267 de la Ley de Sociedades de Capital), no puede ser estimada, pues de acuerdo con el artículo 265 del mismo texto legal, dichos costes corren a cargo de la sociedad. Como ha reiterado este Centro (resoluciones de 27 de febrero de 2013, 31 de enero de 2014, 16 de marzo de 2016, 8 y 12 de julio de 2016, entre otras, y como más recientes) el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital no deja margen a la interpretación, por lo que con independencia de cuales

sean las condiciones económicas de la sociedad y el perjuicio económico alegado, se impone el derecho individual del socio a conocer el estado contable de la sociedad y a su verificación por auditor nombrado por el Registro Mercantil; extremo que, por otra parte, es reconocido por el propio recurrente en el primer inciso del punto 4 de su escrito de oposición.

Esta Dirección General ha resuelto confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Madrid XXIII, don Fernando Trigo Portela, de fecha 8 de abril de 2019, por la que acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor solicitado para el ejercicio 2018, en los términos expresados en 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, 1 de agosto de 2019 (5.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de Madrid.

Resolución de 1 de agosto de 2019 (6.ª)

En el expediente 75/2019 sobre nombramiento de experto a instancia de la sociedad «Delta Auditores, S.L.».

HECHOS

I

Doña C. A. M., actuando en representación de la sociedad «Delta Auditores, S.L.», presentó un escrito de fecha 27 de marzo de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Zaragoza, en el que solicitó, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital, el nombramiento de un experto para que proceda a la determinación del valor razonable de las

participaciones correspondientes al socio auditor don A. C. E., como consecuencia de su exclusión de la sociedad.

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

a) Que la junta general de la sociedad celebrada el día 15 de marzo de 2019 acordó por unanimidad de los presentes la exclusión del socio auditor don A. C. E. titular de 590 participaciones sociales.

Se acompaña copia del acta notarial autorizada por el notario de Zaragoza don Fernando Giménez Villar en fecha 15 de marzo de 2019. De su diligencia de la misma fecha resulta que se constituye la junta general de la sociedad con la asistencia de tres socios: don E.C.E, auditor, titular de participaciones que representan un 39 % del capital social y don L.C.C.G y doña M.C.A.M. titulares, cada uno, de participaciones que representan un 1 % del capital social. Resulta que el presidente considera válidamente constituida la junta y se entra en el primer punto del orden del día relativo a la exclusión del socio auditor don A. C. E. El presidente explica que la sociedad se encuentra sujeta a la Ley de Auditoría de Cuentas y a la Ley de Sociedades Profesionales, que de los cuatro socios tres son socios auditores ostentando el socio don A. C. E un porcentaje del 59 % del capital social. Que el órgano de administración es de administrador único siendo auditor el socio administrador. Que siendo los socios profesionales los socios auditores y concurriendo causa de exclusión, que es explicada de modo prolijo en la sesión, se procede a la votación con deducción del porcentaje de capital correspondiente al socio excluido al encontrarse en situación de conflicto de intereses. Que votan a favor los tres socios concurrentes por el que se da por aprobada la propuesta de acuerdo.

b) Que la eficacia de la exclusión se produjo desde la notificación como resulta del artículo 14 de la Ley 2/2007, de sociedades Profesionales por remisión de la Ley 22/2015, de 20 de julio de Auditoría de Cuentas (al contrario de lo que ocurriría en caso de ser de aplicación para sociedades de responsabilidad limitada para socios con participación igual o superior al 25 %, como es el caso).

c) Que la aplicación supletoria de la Ley 2/2007, de sociedades profesionales resulta: del artículo 11.2 de la Ley de Auditoría de Cuentas y de su disposición adicional primera, así como de las Resoluciones de esta Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 5 de marzo de 2009 y 11 de septiembre de 2017.

d) Que la notificación al socio excluido se produjo por burofax con fecha 18 de marzo, así como por correo electrónico. Que el socio excluido contestó a su vez mostrando su oposición a la exclusión y a la propuesta de valoración por medio de burofax dirigido a la sociedad en el que mostraba su criterio favorable a la exigencia de previa resolución judicial (si bien ha contra ofertado la valoración de sus participaciones sociales).

II

El Registrador Mercantil de Zaragoza núm. 2, don Joaquín José Oria Almudí dictó resolución en fecha 15 de abril de 2019 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 del socio excluido. Fundamenta en una larga y meticulosa resolución su decisión, en esencia, al tratarse de una sociedad de intermediación y ser de aplicación el régimen general de exclusión establecido en la Ley de Sociedades de Capital.

III

Don E.C.E., como administrador, por escrito de fecha 14 de mayo de 2019, que tuvo entrada en el Registro Mercantil de Zaragoza, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a, resumidamente, los siguientes argumentos: 1.º Que la sociedad se constituyó en el año 2002 antes de la entrada en vigor de la Ley 2/2007, de 15 de marzo de Sociedades Profesionales. Que se trata de una sociedad de auditoría sujeta a los preceptos de la Ley 22/2015, de 15 de julio, inscrita en el Registro correspondiente del ICAC, de la que determinados socios están autorizados al ejercicio de la auditoría, la mayoría de votos corresponde a socios auditores y la mayoría de miembros del órgano de administración son auditores. Que el objeto social, conforme a su artículo 2.º lo constituye, entre otros, el ejercicio de servicios profesionales de auditoría especificándose que si alguna de las actividades que constituyen su objeto está reservada por ley a determinadas categorías de profesionales deben realizarse a través de las personas que ostenten la titulación requerida concretándose el objeto a la intermediación o coordinación en relación a tales prestaciones. Que la sociedad es una sociedad de auditoría inscrita en el ROAC y no una mera sociedad de intermediación como resulta de sus estatutos sociales. 2.º Que el administrador solidario de la sociedad, hoy excluido, convocó junta general que se celebró el día 21 de diciembre de 2018 con un orden del día en el que se incluía la propuesta de disolución de la sociedad como consecuencia de la pérdida de su principal cliente. Acompaña copia del acta notarial. Que el entonces administrador solidario y hoy socio excluido informó de que el principal cliente de la sociedad no tenía intención de renovar el contrato. Tras discutir sobre las circunstancias concurrentes se procedió a la votación de la propuesta de disolución que fue rechazada pese al voto favorable del hoy socio excluido. 3.º Que la junta general celebrada el día 11 de febrero de 2019, ase acompaña copia del acta notarial, acordó el ejercicio de la acción de responsabilidad contra el socio administrador lo que supuso su cese inmediato como tal administrador. 4.º Que dicho cese se inscribió en el Registro Mercantil. 5.º Que en la junta general de fecha 15 de marzo de 2019, se acordó la exclusión del socio en base al artículo 14 de la Ley de Sociedades profesionales como resulta de determinados hechos que se ponen de manifiesto. 6.º Que el socio excluido ha intentado destruir la sociedad de modo reiterado buscando su disolución al darse de baja en el ROAC. 7.º Que el acuerdo de exclusión fue notificado al socio excluido quien reconoció su existencia al contestar que no aceptaba la propuesta de valoración. 8.º Que la sociedad solicitó la designación de experto a lo que se opuso el Registro Mercantil de Zaragoza sin que hasta la fecha el socio excluido haya impugnado acuerdo social alguno. 9.º Que el registrador da un valor desmedido al contenido del artículo destinado al objeto social cuando hace mención de que la sociedad actuará por medio de profesionales para el ejercicio de las actividades legalmente reservadas a las mismas. Que tratándose de una cláusula de estilo hay que interpretarla a la luz del resto de los estatutos que prevén que la sociedad se inscriba en el Roac (art. 3), y su carácter profesional reuniendo los requisitos precisos para la actividad de la auditoría (art. 6). Que la sociedad se acoge al artículo 11 de la Ley de Auditoría que excluye de su regulación a las sociedades de intermediación. Que en ningún momento ha sido intención de los socios que la sociedad deje de ser una sociedad de auditoría por lo que así deben ser interpretados los estatutos como lo demuestra que siga siendo una sociedad de dicha naturaleza y que ejerza su actividad de auditoría en toda España. Que así lo prueba que la sociedad haya sido inscrita en el propio Registro Mercantil como sociedad auditora de otras sociedades lo que no habría podido ser de ser considerada una mera sociedad de intermediación. Que con la entrada en vigor de la Ley de sociedades profesionales la sociedad podría haberse transformado en sociedad estrictamente profesional, transformarse en sociedad de intermediación o seguir como sociedad de auditoría que es lo que finalmente hizo conforme al artículo 11 de la Ley de Auditoría. Que es este tercer género al

que pertenece la sociedad de auditoría que queda sujeta a la propia Ley de Auditoría y supletoriamente a la Ley de Sociedades profesionales como resulta del artículo 11 de aquella y de la disposición adicional primera y del artículo 1 de esta. Que la propia Dirección General de los Registros y del Notariado ha entendido que para la aplicación supletoria de la Ley de Profesionales no es exigible acto especial alguno. Que reuniendo la sociedad los requisitos para ser sociedad de auditoría y siendo de aplicación supletoria la Ley de Sociedades Profesionales el procedimiento de exclusión de un socio es el determinado en el artículo 14 de esta. 10.º Que no es óbice a lo anterior que no se hayan hecho constar en el Registro Mercantil los cambios de socios profesionales porque conforme a la disposición adicional primera de la Ley de Auditoría el ROAC actúa como registro profesional. Tampoco lo es que la sociedad no tenga objeto social exclusivo de auditoría pues su Ley reguladora no lo exige. Que establecido lo anterior es claramente aplicable el procedimiento de exclusión de socios profesionales previstos en el artículo 14 de la Ley de Sociedades Profesionales por contraposición al establecido en general para las sociedades de capital, especialmente en lo que se refiere a la ausencia del requisito de la previa resolución judicial para socios con porcentaje igual o superior al 25 %, con cita de doctrina y de la sentencia 347/2017 de la Audiencia Provincial de Madrid. Que la dicción del artículo 14 de la Ley de Sociedades Profesionales excluye la necesidad de resolución judicial por las especialidades del tipo social y siempre sin perjuicio de las acciones de impugnación que correspondan al socio excluido. Que así las cosas es de aplicación el artículo 190 de la Ley de Sociedades de Capital que excluye del cómputo los votos correspondientes al socio en situación de conflicto de interés. Que no es aceptable el argumento de que con su aplicación podría excluirse al socio mayoritario sin su concurso cuando lo que puede ocurrir es justamente lo contrario al hacer imposible el acuerdo de exclusión de un socio mayoritario cualquiera que sea los actos que lleve a cabo.

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. Una sociedad limitada en cuyo objeto social se incluye el ejercicio de la actividad de auditoría y que se encuentra inscrita en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas, en adelante ROAC, acuerda en junta general la exclu-

sión de un socio auditor que ostenta un porcentaje del 59 % del capital social. El acuerdo se adopta por unanimidad de los socios concurrentes que resultan ser dos socios auditores que ostentan entre los dos el 40 % del capital social (39 % y 1 %, respectivamente) y por un socio no auditor que ostenta un porcentaje del 1 % del capital social. En la junta sólo comparecen estos tres últimos socios que deducen del cómputo la parte correspondiente al socio excluido por apreciar conflicto de intereses quedando así reflejado en el acta notarial de la junta.

La sociedad notifica al socio excluido quien responde oponiéndose tanto a la exclusión como a la propuesta de valoración.

La sociedad solicita del Registrador Mercantil la designación de experto independiente al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital; el registrador desestima la solicitud por entender que la sociedad es de intermediación, por lo que no le es de aplicación la Ley de Sociedades Profesionales y porque considera que, en cualquier caso, procede la aplicación del artículo 352.2 de la Ley de Sociedades de Capital y no el artículo 14 de aquella.

2. En el expediente que da lugar a la presente resulta incontrovertido que la sociedad a que el mismo se refiere tiene como una de las actividades integrantes de su objeto social, el ejercicio de la actividad de auditoría, así como que se encuentra inscrita como sociedad de auditoría en el ROAC dependiente del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas adscrito al Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

En consecuencia resulta indiscutible, a los efectos de este expediente, que la sociedad tiene el carácter de sociedad de auditoría en los términos a que se refiere el artículo 11 de su Ley reguladora, Ley 22/2015, de 20 julio, requisito indispensable para el ejercicio de tal actividad como resulta de su artículo 8.1: Podrán realizar la actividad de auditoría de cuentas las personas físicas o jurídicas que, reuniendo las condiciones a que se refieren los artículos 9 a 11, figuren inscritos en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, y presten la garantía financiera a que se refiere el artículo 27.

Por otro lado resulta igualmente que además de la actividad de auditoría la sociedad desarrolla, como integrantes de su objeto social, otras actividades como son: La realización de informes económicos, valoraciones, estudios de viabilidad, consultoría económico-financiera, informes periciales o de otra naturaleza, informes sobre sistemas de organización y control, consultoría de gestión, de prevención de riesgos laborales, informática, comercio electrónico y de situaciones medioambientales y de calidad. La realización y actividades conexas de productos y servicios informáticos, de telecomunicaciones, así como audiovisuales.

Finalmente, el precepto estatutario que rige el objeto social contempla que cuando el ejercicio de alguna de dichas actividades se reservare a alguna categoría de profesionales deberán realizarse a través de persona con la titulación

requerida concretándose el objeto social a la intermediación o coordinación en relación a tales prestaciones.

De este último inciso el registrador deduce que en realidad estamos ante una sociedad de intermediación y no propiamente de auditoría con la consecuencia de que no resulta de aplicación la remisión que lleva a cabo La Ley de Auditoría a la Ley de Sociedades Profesionales.

Esta Dirección General no puede compartir el expresado criterio. En primer lugar porque, como resulta de lo anteriormente expuesto, la sociedad que desarrolla la actividad de auditoría lo hace en concepto de tal y así consta inscrita en el ROAC. Basta la mera consulta al citado registro para llevar a cabo la verificación de que la sociedad consta inscrita como sociedad de auditoría.

Así las cosas, la expresión que contiene el precepto de los estatutos relativo al objeto social respecto a la utilización de profesionales y al carácter de sociedad de intermediación no puede ser de aplicación a la actividad de auditoría. La sociedad de auditoría actúa siempre a través de personas físicas auditores como resulta del artículo 11.1.a de su Ley reguladora al exigir: «Que las personas físicas que realicen los trabajos y firmen los informes de auditoría en nombre de una sociedad de auditoría estén autorizadas para ejercer la actividad de auditoría de cuentas en España.»; es decir de personas físicas autorizadas para ejercer la actividad de auditoría e inscritas en el ROAC (arts. 8.1 y 9.1.d de la Ley de Auditoría). En consecuencia, para que una sociedad en cuyo objeto social conste la actividad de auditoría pueda ser considerada de mera intermediación tendría que ser una sociedad no inscrita en el ROAC y además, que de modo expreso y no sólo circunstancial, proclamase tal carácter. Así lo ha exigido esta Dirección General en numerosas resoluciones al aplicar la doctrina asentada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 18 de julio de 2012 (cfr. las Resoluciones de 5 y 16 de marzo, 2 de julio y 9 de octubre de 2013, 4 de marzo y 18 de agosto de 2014, 20 de julio de 2015, 29 de marzo de 2016 y 12 de junio de 2019, entre otras): »Consecuentemente con lo expuesto, a la luz de los referidos pronunciamientos del Tribunal Supremo, esta Dirección General (vid. Resoluciones de 5 y 16 de marzo, 2 de julio y 9 de octubre de 2013, 4 de marzo y 18 de agosto de 2014, 20 de julio de 2015, 11 de enero, 17 de octubre y 16 de diciembre de 2016 y 2 de marzo, 5 y 24 de abril, 14 de junio, 22 de noviembre y 21 de diciembre de 2017) ha sentado una consolidada doctrina según la cual, ante las dudas que puedan suscitarse en los supuestos en que en los estatutos sociales se haga referencia a determinadas actividades que puedan constituir el objeto, bien de una sociedad profesional, con sujeción a su propio régimen antes dicho, bien de una sociedad de medios o de comunicación de ganancias o de intermediación, debe exigirse para dar «certidumbre jurídica» la declaración expresa de que se trata de una sociedad de medios o de comunicación de ganancias o de intermediación, de tal modo que a falta de esa expresión concreta deba entenderse que en aquellos supuestos se esté en presencia de una sociedad profesional sometida a la

Ley imperativa 2/2007, de 15 de marzo. Por ello, una correcta interpretación de la Ley de sociedades profesionales debe llevar al entendimiento de que se está ante una sociedad profesional siempre que en su objeto social se haga referencia a aquellas actividades que constituyen el objeto de una profesión titulada, de manera que cuando se quiera constituir una sociedad distinta, y evitar la aplicación del régimen imperativo establecido en la Ley 2/2007, se debe declarar así expresamente.»

Aplicadas las consideraciones anteriores al supuesto de hecho es forzoso entender que la sociedad a que se refiere este expediente es una sociedad de auditoría en los términos a que a las mismas se refiere el artículo 8.1 de su Ley reguladora sin perjuicio de que la mención final de su artículo relativo al objeto social (cuyo contenido se encuentra bajo salvaguarda judicial, artículo 20.1 del Código de Comercio), haya de entenderse referida al resto de actividades que lo integran y que hacen referencia a determinadas actividades propias de la profesión de ingeniero en sus distintas modalidades.

3. Establecido lo anterior procede la determinación del régimen jurídico aplicable a dicha sociedad, cuestión a la que se ha referido esta Dirección General en las resoluciones citadas tanto por el recurrente como por el propio registrador. Como afirmara la Resolución de 5 de marzo de 2009 y confirmara la de 11 de septiembre de 2017 la sociedad de auditoría de cuentas constituye un ejemplo de sociedad ejerciente de una actividad propia de determinados profesionales (los que reúnan los requisitos exigidos por su legislación especial –*vid*. infra–) admitida en nuestro ordenamiento con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 2/2007, toda vez que se permitía que fuera la propia sociedad –como titular de la relación jurídica establecida con el cliente– la que realizara la actividad de auditoría.

Es por este motivo que la disposición adicional primera de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, dispone que: «los preceptos de esta Ley serán de aplicación, en lo no previsto en su normativa especial, a quienes realicen la actividad de auditoría de cuentas de forma societaria. A los efectos de lo dispuesto en esta Ley, se considerará como Registro profesional de las sociedades de auditoría y de colegiación de los socios de éstas el Registro Oficial de Auditores de Cuentas».

Afirmación reiterada hoy por el artículo 11.2 de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, según el cual «(…) la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales será de aplicación a las sociedades de auditoría de cuentas en cuanto no contravenga esta Ley».

Las consecuencias que la aplicación de la Ley de Sociedades Profesionales pueda tener en una sociedad que desarrolle la actividad de auditoría fueron puestas de relieve por las citadas resoluciones al afirmar que las sociedades auditoras pueden ser tanto sociedades profesionales constituidas formalmente conforme a dicha ley, si nacen con cumplimiento de los requisitos establecidos en la misma, o si se adaptan voluntariamente a sus previsiones, en cuanto sean compatibles con las exigencias y la regulación específica de la Ley de

Auditoría de Cuentas, como sociedades que aun cuando no revistan el ropaje societario de sociedades profesionales acomodadas a la Ley 2/2007, quedan sujetas a su aplicación supletoria en lo no específicamente contemplado en la Ley de Auditoría.

Así ocurre en el supuesto de hecho que da lugar a la presente en el que estamos ante una sociedad de auditoría constituida de conformidad con la Ley reguladora de tal actividad pero a la que, con carácter subsidiario, se le aplican las normas de la Ley de Sociedades Profesionales en lo que no contravenga a aquella.

4. Todavía es preciso dar un paso más en cuanto la regulación contenida en la Ley de Sociedades Profesionales es deliberadamente limitada pues como resulta de su artículo 1.3: «Las sociedades profesionales se regirán por lo dispuesto en la presente Ley y, supletoriamente, por las normas correspondientes a la forma social adoptada.» Cuando la forma social adoptada sea alguna de las propias de las sociedades de capital, la legislación supletoria a que la norma se refiere es la Ley de Sociedades de Capital, que será de aplicación en todo lo que sea propio de la forma social adoptada y que no resulte regulado por la propia Ley de sociedades profesionales y, con carácter previo, por la Ley de Auditoría.

En definitiva, cuando una sociedad como la que da lugar a la presente desarrolle la actividad de auditoría bajo la forma de sociedad de responsabilidad limitada y se constituya conforme a las exigencias de la Ley de Auditoría sin ajustarse formalmente a las normas y requisitos de la Ley de Sociedades Profesionales quedará sujeta a la regulación especial de las sociedades de Auditoría previstas en la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas; supletoriamente, en lo que no la contradiga, se aplicará la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales y, finalmente, se aplicará el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, también en aquello que sea propio de las sociedades de responsabilidad limitada y que no conste regulado de modo distinto en las normas especiales mencionadas.

Aún resta por solventar una cuestión principal como es en qué medida se aplica la legislación especial versus la más general en aquellos supuestos en que pueda existir duda al respecto. Tiene declarado este Centro Directivo en relación a la Ley de Auditoría que: «…el fundamento de la normativa especial de las sociedades de auditoría radica en la necesidad de garantizar no sólo que reúnan la aptitud técnica suficiente para realizar su actividad, sino también que se consiga la efectividad de los principios de independencia y responsabilidad de los auditores sobre la base de la sujeción de sus actuaciones a determinadas normas y criterios técnico-contables y deontológicos, habida cuenta de la función de interés público que desarrollan estos profesionales. Precisamente es la justificación de esa regulación especial y la atención a los intereses que con ella se pretendían tutelar lo que debe presidir la interpretación de las normas a que se refieren tanto la calificación impugnada como el escrito

del recurrente.» Y más adelante: «En definitiva, existiendo evidente paralelismo en cuanto a la justificación de una y otra normativas así como respecto de los intereses con ellas tutelados, se entiende que el legislador haya previsto que deban aplicarse supletoriamente a las sociedades auditoras aquellas normas de la Ley de sociedades profesionales que no resulten excluidas por la regulación sectorial de auditoría. Y ese ha de ser el canon hermenéutico para determinar el alcance de la aplicación subsidiaria de la Ley de sociedades profesionales.» Para terminar afirmando que: «Y es que no puede ignorarse la última razón de ser de la misma Ley de sociedades profesionales, como norma de garantía: seguridad jurídica de las sociedades profesionales, a las que facilita un régimen peculiar hasta ahora inexistente; y garantía para los clientes o usuarios, que ven ampliada la esfera de sujetos responsables –cfr. el párrafo quinto del apartado I de la Exposición de Motivos–; mientras que las sociedades auditoras ya cuentan con un régimen específico que en lo esencial es considerado suficientemente garantista.», concluyendo así que las normas de la Ley de Sociedades Profesionales que tengan por objeto la salvaguarda de la cualificación profesional y la defensa de los principios de su ejercicio no son de aplicación a las sociedades de auditoría constituidas conforme a la Ley reguladora de la actividad de auditoría por ser de aplicación los especiales preceptos que esta dedica a dicha finalidad.

Determinada la no aplicación a las sociedades de auditoría de las normas de la Ley de Sociedades Profesionales destinadas a garantizar la cualificación y correcto ejercicio de la profesión, y como la propia Resolución afirma: «… la aplicación supletoria de la Ley de Sociedades Profesionales, implica que en todos aquellos aspectos que no son objeto de específica regulación por la Ley de Auditoría de Cuentas habrá de aplicarse la Ley de Sociedades Profesionales, en cuanto no resulte incompatible con aquella regulación especial.»

Llegamos así al núcleo central de lo que constituye el objeto de la presente que reside en determinar si a una sociedad de auditoría constituida como sociedad de responsabilidad limitada y conforme a la Ley de Auditoría se le aplican y qué medida las especialidades que la Ley de Sociedades Profesionales contempla para las sociedades de capital. En concreto la cuestión debatida es si la previsión del artículo 14 de la Ley de Sociedades Profesionales relativa a la exclusión de socios profesionales es aplicable a los socios auditores.

5. El régimen general de exclusión de socios aplicable a las sociedades de capital es el previsto en los artículos 350 a 352 de su Ley reguladora. Cuando el socio a excluir ostenta una participación significativa igual o superior al veinticinco por ciento y no se allana, el artículo 352 exige que concurra resolución judicial firme. Al efecto constituye doctrina de esta Dirección expresada en la resolución de 16 de octubre de 2000 y en la de 9 de diciembre de 2014 (en relación la primera al texto vigente entonces de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, sustancialmente idéntico al actual artículo 352 de la Ley de Sociedades de Capital), que la Ley establece un mecanismo de defensa del socio que ostente una participación significativa,

igual o superior al veinticinco por ciento del capital social, y no se conforme con el acuerdo de exclusión, al exigir que éste se complemente con una resolución judicial firme que dé efectividad al acuerdo de exclusión, sin duda como garantía de que la privación del derecho de voto del socio cualificado no deje tan sólo en manos de los restantes tan radical decisión. Tal resolución, en cuanto requisito necesario para la eficacia del acuerdo, ha de considerarse que tiene eficacia constitutiva y, por tanto, sus efectos han de producirse ex nunc, por lo que en tanto no recaiga, el socio en proceso de exclusión conserva todos sus derechos y, en un caso como el presente, el de votar en las propuestas posteriores al acuerdo de exclusión.

La postura de esta Dirección constituye hoy doctrina legal de nuestro Tribunal Supremo el cual, en su sentencia de 9 de julio de 2007 hizo suyos los anteriores razonamientos de forma literal y los confirma en su posterior sentencia de 27 de mayo de 2013 al decir: «Este carácter constitutivo de la resolución judicial no sólo debe determinar, como declaramos en aquella ocasión, que pueda ejercitar los derechos de socio hasta que se haga efectiva la exclusión con la firmeza de la resolución judicial, sino que la valoración de sus participaciones ha de referirse a ese momento, en que deja de ser socio… En estos casos, en la reseñada sentencia de 776/2007, de 9 de julio (RJ 2007, 4960), expresamente se atribuye carácter constitutivo a la sentencia firme y se difieren los efectos de la exclusión, esto es, la pérdida de la condición de socio, y con ella de todos los derechos que lleva consigo, a la firmeza de la sentencia. Resulta una lógica consecuencia de lo anterior, que el valor razonable de las participaciones del socio excluido se refiera al momento en que deja de serlo, que coincide con la firmeza de la sentencia.»

Ahora bien, frente al régimen general que para las sociedades de capital establecen los artículos 350 a 352 de la Ley de Sociedades de Capital el artículo 14 de la Ley de Sociedades Profesionales establece lo siguiente: «1. Todo socio profesional podrá ser excluido, además de por las causas previstas en el contrato social, cuando infrinja gravemente sus deberes para con la sociedad o los deontológicos, perturbe su buen funcionamiento o sufra una incapacidad permanente para el ejercicio de la actividad profesional. 2. Todo socio profesional deberá ser excluido cuando haya sido inhabilitado para el ejercicio de la actividad profesional, sin perjuicio de su posible continuación en la sociedad con el carácter de socio no profesional si así lo prevé el contrato social. 3. La exclusión requerirá acuerdo motivado de la junta general o asamblea de socios, requiriendo en todo caso el voto favorable de la mayoría del capital y de la mayoría de los derechos de voto de los socios profesionales, y será eficaz desde el momento en que se notifique al socio afectado. 4. La pérdida de la condición de socio o la separación, cualquiera que sea su causa, no liberará al socio profesional de la responsabilidad que pudiera serle exigible de conformidad con el artículo 11.2 de esta Ley.»

La Ley de Sociedades Profesionales no hace discriminación alguna sobre el tipo de sociedad a que se aplica su previsión; es más, de su redacción parece

clara su aplicación tanto a sociedades de capital como a otro tipo de sociedades ya sean de naturaleza civil o mercantil. Incluso establece la obligación de exclusión para el supuesto de pérdida de la cualidad de profesional de un socio como consecuencia de su inhabilitación para el ejercicio.

Ciertamente la previsión del precepto se aleja del régimen general que para las sociedades de capital establecen los artículos 350 a 352 de la Ley de Sociedades de Capital, pero tal ha sido la decisión del legislador que regula la exclusión de socios por incumplimiento de obligaciones frente a la sociedad en atención a la especialidad de este tipo de sociedades. De igual modo que se facilita al máximo la salida voluntaria de socios profesionales, aún en contra de la voluntad del resto (art. 13.1 de la Ley), y como excepción muy cualificada al régimen general que para las sociedades de capital (arts. 346 y 347), establece su Ley reguladora, la Ley de Sociedades Profesionales establece un régimen especial para la exclusión de socios profesionales. Es el régimen especial de este tipo de sociedades el que justifica que los efectos de la separación o de la exclusión, aún a socios con participaciones significativas, no se difiera en el tiempo y produzca sus efectos desde la notificación del acuerdo sin perjuicio de que el socio excluido acuda o no a los remedios que para la defensa de su posición jurídica prevé el ordenamiento.

En definitiva, no existe base para excluir la aplicación del artículo 14 de la Ley de Sociedades Profesionales a aquellas sociedades que están sujetas a su régimen y, por extensión, a aquellas a las que se aplican sus preceptos con carácter supletorio como son las sociedades de auditoría constituidas conforme a su Ley especial. Como ha quedado expuesto en los considerandos anteriores, este tipo de sociedades son sociedades de profesionales a pesar de que no se revisten del ropaje formal establecido en la Ley especial de sociedades profesionales, lo que no obsta a su aplicación en la medida que su regulación no entre en conflicto con la Ley de Auditoría.

6. Establecido lo anterior, el mecanismo por el que se alcanza el acuerdo de exclusión será el propio del tipo social de la sociedad profesional; en el caso que nos ocupa, el propio de las sociedades de responsabilidad limitada con la especialidad establecida en el artículo 14.3 transcrito: «voto favorable de la mayoría del capital y de la mayoría de los derechos de voto de los socios profesionales.»

Nuevamente, la especialidad en el régimen de mayorías exigido en la Ley de Sociedades Profesionales es el que ha considerado oportuno el legislador frente al propio de su régimen general (art. 199 b de la Ley de Sociedades de Capital).

Por fin, el socio cuya exclusión se discute no puede ejercer su derecho de voto conforme al artículo 190.1.b de la Ley de Sociedades de Capital con las consecuencias que el mismo artículo prevé en su apartado segundo. La aplicación de este precepto al supuesto de exclusión de socios profesionales del artículo 14 de la Ley de Sociedades Profesionales es indiscutible cuando la forma social es alguna de las previstas en aquella. En cualquier caso, téngase

en cuenta que la privación del derecho de voto no es tanto una especialidad del derecho de sociedades como una aplicación al mismo del principio general de que toda persona en situación de conflicto no puede comprometer intereses ajenos, en este caso el de la sociedad de la que forma parte.

7. Aplicadas las consideraciones anteriormente expuestas al supuesto de hecho que da lugar a la presente resultaría patente la procedencia de la designación del experto a que se refiere la solicitud. El registrador, en su resolución, entiende que de hacerse así se produciría un resultado sin que el interesado hubiese tenido la oportunidad de expresar su voluntad (por su privación del derecho de voto), a pesar de que resulta que cuando contestó a la sociedad expuso claramente su oposición a la exclusión.

Lo cierto es que ha sido así pero no como consecuencia del régimen de aplicación del sistema de exclusión expuesto sino como consecuencia de la tramitación del expediente en el que no ha tenido el socio excluido la posición garantizada por el ordenamiento jurídico.

El procedimiento se ha llevado de conformidad con las previsiones de los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, tal y como ordena el artículo 363, pero sin que se haya proveído el trámite de audiencia al interesado previsto en el artículo 354 del propio reglamento a pesar de su absoluta pertinencia habida cuenta del innegable interés que tiene en las resultas del procedimiento (*vide* art. 356 de la Ley de Sociedades de Capital).

No pueden confundirse aquellos supuestos en los que, por no existir intereses contrapuestos, resulta innecesaria la audiencia a otra parte distinta del propio solicitante (*vide* arts. 67, 265.1, 301 y 303 de la Ley de Sociedades de Capital y artículos 18, 34, 49.2, 52.2 y 78 de la Ley 3/ 2009, de 3 de abril de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles), de aquellos otros supuestos en los que la existencia de tales intereses hace forzosa la audiencia a la otra parte so pena de nulidad del expediente (*vide* arts. 47 y 48 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas en relación con los artículos 128.3, 169, 265.2, 346, 348 bis y 350 de la Ley de Sociedades de Capital).

Dispone el 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.»

Y dice así el artículo 354.1 del Reglamento del Registro Mercantil, «…el Registrador trasladará a la sociedad afectada copia de la instancia y de los documentos adjuntos a ella…»

Como resulta de los hechos, ante la solicitud de la sociedad para que se designe experto independiente al amparo de la previsión del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital, el registrador procedió a tramitar el expediente sin dar traslado a la otra parte.

Dispone así el artículo 47.1 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas: Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos

siguientes:… e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido…» Por su parte el artículo 48.2 del mismo cuerpo legal dice: «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.»

Resulta patente que el procedimiento se ha tramitado sin el necesario respeto al principio de igualdad entre las partes causando una evidente indefensión al socio excluido que ni ha sido notificado de la existencia de la solicitud ni ha tenido a su disposición la instancia de la solicitante ni la documentación que a la misma se acompañaba.

En consecuencia y sin perjuicio de las consideraciones llevadas a cabo en las consideraciones anteriores, esta Dirección General de los Registros y del Notariado resuelve.

1.º Dejar sin efecto la resolución del Registrador Mercantil de 15 de abril de 2019.

2.º Retrotraer el expediente a la fase de instrucción, en concreto al momento en que se presentó la instancia por parte de la solicitante y devolver el expediente al registrador a fin de que pueda llevar a cabo su correcta instrucción.

3.º Ordenar que se dé traslado del contenido de la solicitud de la sociedad y de la documentación que la acompaña al socio excluido a los efectos previstos en el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil.

Esta Dirección General ha resuelto estimar el recurso y revocar la resolución del Registrador Mercantil de Zaragoza núm. 2, don Joaquín José Oria Almudí de fecha 15 de abril de 2019 en los términos que resultan.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución 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 agosto de 2019 (6.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de Zaragoza.

Resolución de 1 de agosto de 2019 (7.ª)

En el expediente 72/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Vilma Oil, S.L.».

HECHOS

I

Don …… presentó escrito de fecha 28 de marzo de 2019 dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 29 del mismo mes de marzo, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5 % del capital social de «Vilma Oil, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

Además, en el referido escrito solicitó se llevaran a cabo «cuantas actuaciones procedan para adecuar la realidad registral a la extrarregistral, evitando que en el Registro Mercantil siga constando la inscripción número 18.ª de nombramiento de auditor de "Vilma Oil, S.L." para los ejercicios 2017 a 2019 pues en fecha 31 de diciembre de 2017, no había nombrado o elegido, por los cauces que exige la LSC y tampoco lo ha hecho para el ejercicio 2018».

Mediante resolución de fecha 4 de abril de 2019, que es recibida el día 12 del mismo mes, se da traslado a mercantil para que, si lo estima conveniente, formule las oportunas alegaciones.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio por medio de escrito de fecha 22 de abril de 2019 que tuvo su entrada en el Registro Mercantil el mismo día alegando, en esencia: 1.º que al amparo de lo dispuesto por el artículo 22.1 de la Ley 22/2015 de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, el Administrador Único de la Sociedad ha acordado la prórroga tácita del nombramiento de «QS Audit Consultor, S.L.P» (N.I.F. B-3024368 y núm. de ROAC S-510) como auditor de cuentas para los ejercicios 2017, 2018 y 2019; y 2.º que a la fecha de la presentación de la instancia la sociedad contaba con un auditor de cuentas debidamente nombrado e inscrito, inscripción que se produjo tras la notificación por la sociedad al registro mercantil de Madrid de la existencia de una prórroga tácita del nombramiento del último auditor de cuentas nombrado por la sociedad, esto es, la sociedad «QS Audit Consultor, S.L.P». (inscripción 18.ª de la Hoja Social).

III

El Registrador Mercantil de Madrid, don Ignacio Palacios Gil de Antuñano, dictó resolución de fecha 29 de abril de 2019, por la que resuelve estimar la oposición de la sociedad, sin que proceda el nombramiento de auditor de cuentas solicitado, al figurar ya un auditor inscrito para el ejercicio que se solicita, según resulta de la inscripción 18.ª practicada el día 13 de febrero de 2018 en la hoja M-77.716 abierta en el registro mercantil.

IV

Don …… por escrito fechado el 23 de mayo de 2019, que tuvo entrada el día 24 de mayo de 2019 en el Registro General del Ministerio de Justicia, interpuso recurso contra dicha resolución, aduciendo como esencial motivo de recurso la infracción de los artículos 160, b), 264 y 265 de la ley de sociedades de capital, ausencia de nombramiento por parte de la junta general de los auditores designados por la sociedad y solicitando, en consecuencia, tener por presentado su escrito y por interpuesto, en tiempo y forma, recurso tanto contra la resolución del Registrador Mercantil número XIII de Madrid de fecha 29 de abril de 2019 por la que se estima la oposición de «Vilma Oil, S.L.», como contra la inscripción de la renovación del auditor de cuentas de la sociedad «Vilma Oil, S.L.», habida cuenta de que a 31 de diciembre de 2017 la sociedad no había nombrado/reelegido un auditor de cuentas conforme al procedimiento que exige la LSC. En este sentido, solicita tanto la revocación de la calificación recurrida como que se ordene al Registrador Mercantil que lleve a cabo cuantas actuaciones procedan para adecuar la realidad registral a la extrarregistral, evitando que en el Registro Mercantil siga constando la inscripción número 18.ª de nombramiento de auditor de «Vilma Oil, S.L.»para los ejercicios 2017 a 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, y en cuanto al recurso contra la inscripción ya practicada de la renovación del auditor de cuentas de la sociedad «Vilma Oil, S.L.», hay que recordar lo dispuesto en el art. 20.1. del Código de Comercio, según el cual, «El contenido del Registro se presume exacto y válido. Los asientos del Registro están bajo la salvaguarda de los Tribunales y producirán sus efectos mientras no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad», por su parte, también en el ámbito mercantil, el artículo 7.º del Reglamento del Registro Mercantil dispone que «1. El contenido del Registro se presume exacto y válido. Los asientos del Registro están bajo la salvaguarda de los Tribunales y producirán sus efectos mientras no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad»; en el mismo sentido, el párrafo tercero del artículo 1.º de la Ley Hipotecaria, dispone que «los asientos del Registro practicados en los libros que se determinan en los artícu-

los 238 y siguientes, en cuanto se refieran a los derechos inscribibles, están bajo salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en esta Ley».

2. En segundo lugar, y en cuanto a la alegación, como esencial motivo de recurso, de infracción de los artículos 160, b), 264 y 265 de la ley de sociedades de capital, ausencia de nombramiento por parte de la junta general de los auditores designados por la sociedad, hay que tener en cuenta que en el supuesto que da lugar a la presente se solicita por parte de la sociedad, con anterioridad a la presentación de la instancia –que tuvo su entrada en el registro mercantil el 29 de marzo de 2019–, la inscripción del nombramiento de auditor; la inscripción se lleva a cabo y el auditor voluntario es inscrito en el Registro Mercantil, según resulta de la inscripción 18.ª practicada el día 13 de febrero de 2018 en la hoja M-77.716 abierta en el registro mercantil, según se ha señalado en los antecedentes de hecho.

Resulta forzoso entender que el interés que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital pretende proteger está debidamente salvaguardado por cuanto la pretensión de que las cuentas de la sociedad sean sometidas al examen de un auditor con el fin de determinar si expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación, ha sido debidamente cumplimentado (art. 4.1 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas). Procede en consecuencia la desestimación del recurso.

La solicitud de inscripción de la auditoría ha sido además anterior a la presentación de la instancia como resulta del expediente e, incluso, la propia inscripción ha sido anterior a dicha solicitud; si a lo anterior, se le añade: a) que el interés protegible ha sido debidamente salvaguardado por la realización de la inscripción de nombramiento anterior del auditor nombrado por la sociedad; b) que no existe indicio alguno que permita afirmar que la actuación de la sociedad ha tenido por finalidad defraudar el derecho del solicitante, circunstancia que en cualquier caso debe ser objeto de pretensión ante los Tribunales de Justicia; c) que resulta innecesario y económicamente injustificable el nombramiento de un auditor para llevar a cabo el mismo cometido que el realizado por un profesional cuyo ejercicio se rige por los principios de independencia, objetividad e imparcialidad; d) que cualquier desviación de la anterior conducta debe ser puesta en conocimiento de la administración competente por el interesado para que adopte las medidas previstas en el ordenamiento; e) que como ha puesto de relieve esta Dirección General (*vide* resoluciones de 11 de marzo y 30 de julio de 2014), la objetividad, imparcialidad e independencia del auditor de cuentas son principios vertebradores de la actividad auditora y quedan salvaguardados por la Ley de Auditoría de Cuentas así como por su Reglamento de Ejecución y las Normas Técnicas de Auditoría. El artículo 14.1 de la Ley de Auditoría encomienda a los propios auditores el deber de abstenerse en los supuestos en que puedan incurrir en causa de

incompatibilidad atribuyendo al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas la competencia de velar por el adecuado cumplimiento del deber de independencia, así como de valorar en cada trabajo concreto la posible falta de independencia de un auditor de cuentas o sociedad de auditoría. Si los interesados creen vulnerados dichos principios siempre podrán ejercitar las acciones administrativas de responsabilidad disciplinaria ante el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas o bien las acciones civiles o, incluso, penales pertinentes ante la jurisdicción competente; f) que resulta en definitiva que, satisfecho el interés protegible, no procede el nombramiento solicitado. No obstante, si el interesado considera que la actuación u omisión del auditor nombrado por la sociedad no es conforme con el cumplimiento de las obligaciones legalmente exigibles o que su independencia está comprometida debe dirigirse a la Autoridad competente alegando lo que a su derecho mejor convenga.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Madrid, don Ignacio Palacios Gil de Antuñano, de fecha 29 de abril de 2019, por la que resuelve estimar la oposición de la sociedad, sin que proceda el nombramiento de auditor de cuentas solicitado, al figurar ya un auditor inscrito para el ejercicio que se solicita.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución 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 agosto de 2019 (7.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de Madrid.

Resolución de 1 de agosto de 2019 (8.ª)

En el expediente 76/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Participaciones Empresariales de Levante, S.A.».

HECHOS

I

Doña …… presentó escrito dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 18 de febrero 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, en su condición de administradora única de la mercantil «MDM Titulari, S.L.» y socia de «Participaciones Empresariales de Levante, S.A. y como titular «MDM Titulari, S.L.» de más del 5 % del capital social de «Participaciones Empresariales de Levante, S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

Con el anterior escrito de solicitud se acompañan los documentos que se estiman pertinentes.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por medio de oficio de fecha 20 de febrero de 2019, formulando oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito que tuvo su entrada en el Registro Mercantil el día 1 de marzo de 2019 suscrito por don ……, en su condición de representante de «Ventero Muñoz, S.A., en liquidación.», administradora única de la sociedad en cuestión. En dicho escrito de oposición se alega, en esencia y según se deduce del mismo:

1. Falta de legitimación de la solicitante por litispendencia de su participación en el capital social de la sociedad, informando al registro que «se encuentra discutida en sede civil y penal la participación que alega tener la solicitante –se refiere a la Sra. ……– en el capital social de la sociedad a través de MDM». Manifestando, asimismo, la transmisión de acciones y participaciones de la propia Sra. …… en el capital social de MDM.
2. Que la solicitud de auditor se ha hecho en este punto con el interés de hacer incurrir a las sociedades del grupo familiar en gastos innecesarios.

Como consecuencia de lo anterior, solicita del registro mercantil que, denegando la solicitud formulada a instancia de «MDM Titulari, S.L.» proceda a dejar en suspenso la tramitación del expediente en cuestión hasta que los Juzgados y Tribunales correspondientes resuelvan sobre la titularidad de MDM y, en consecuencia, de la Sociedad, así como la legitimidad de la Sra. …… como administradora única de MDM.

Con el indicado escrito de oposición, se acompaña la documentación que se estima pertinente.

Escrito de oposición que, tras sendos requerimientos por parte del Registro Mercantil a la sociedad afectada dado que su administrador único, suscribiente de la oposición, se encontraba cesado y sus facultades sustituidas por la administración concursal, fue suscrito por los liquidadores concursales de «Ventero Muñoz, S.A., en liquidación.».

III

Consecuencia del requerimiento como diligencia para mejor proveer por parte del registro mercantil para la ratificación de la solicitud inicial de este expediente por persona legitimada tras el ejercicio de la acción de responsabilidad formulada contra su administra-

dora única Sra. ……, don ……, en nombre y representación de la mercantil «MDM Titulari, S.L.», en su condición de apoderado de la mencionada sociedad, y a la vista del escrito de oposición, además de ratificarse en la solicitud inicial de nombramiento de auditor, formula al mismo las alegaciones que tiene por conveniente por medio de escrito de fecha 1 de abril de 2019, que tuvo su entrada en el registro mercantil el mismo día 1 de abril. En esencia, viene a señalar en dicho escrito que las participaciones de «Participaciones Empresariales de Levante, S.A.» no se encuentran entre las sociedades cuyas acciones/participaciones sí fueron objeto de donación, entre otras razones porque la Sra. …… no es propietaria de las acciones *(sic)* de dicha sociedad, siendo su legítimo propietario «MDM Titulari, S.L.», no siendo por tanto objeto de litispendencia por no haber sido donadas.

IV

El Registrador Mercantil de Madrid XVI, don Ignacio Palacios Gil de Antuñano, dictó resolución de fecha 10 de abril de 2019 por la que acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor solicitado para el ejercicio 2018, al no desvirtuar la sociedad afectada la concurrencia de los requisitos formales a valorar por el registrador.

V

Don ……, su nombre y representación de «Ventero Muñoz, S.A., en liquidación.»,, interpuso recurso gubernativo *(sic)*, ante esta Dirección General contra la anterior resolución de fecha 10 de abril de 2019, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos, al que añade el de abuso de derecho por parte del solicitante.

Por todo lo anterior, viene a solicitar de este Centro Directivo que, dejando sin efecto la resolución recurrida proceda a dejar en suspenso la tramitación del expediente en cuestión hasta que los Juzgados y Tribunales correspondientes resuelvan sobre la titularidad de MDM y, en consecuencia, de la Sociedad, así como la legitimidad la Sra. ……como administradora única de MDM y de los representantes nombrados por esta y, de forma subsidiaria, y sólo para el caso de que se deniegue la anterior, acuerde la acumulación de los expedientes correspondientes a las sociedades «Participaciones Empresariales de Levante, S.A.», «Round Robin Inversiones, S.L.», y «Ventersur, S.L.» y se proceda a nombrar un único auditor para todos ellos.

Con el escrito de recurso acompaña el recurrente la documentación que estima pertinente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 35, 88, 89, 98, 108, 117, 120, 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 y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

Como cuestión previa, es preciso señalar 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).

1. Como ha reiterado la Dirección General de los Registros y del Notariado (así, en 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 otras), procede la suspensión del procedimiento cuando se está discutiendo en vía judicial su legitimación, bien porque se discuta su condición de socio, bien para discutir si el solicitante es titular de participaciones concretas, bien para determinar si el solicitante es titular de un porcentaje sobre un conjunto de ellas bien porque se discuta el porcentaje de participación en el capital social consecuencia de la impugnación de acuerdos sociales relativos a la ampliación de capital adoptados en junta general, lo que podría afectar al porcentaje del que fuera efectivamente titular la solicitante, a tenor del resultado del proceso. Así, el hecho de que el conocimiento de la cuestión debatida estuviera siendo ejercitada por los Tribunales impediría un pronunciamiento en tanto no existiese una resolución judicial firme al respecto.

No obstante, en el presente caso, no ha quedado acreditado en el expediente que existe litispendencia en torno a la legitimación del solicitante por haberse planteado ante el Juzgado competente la correspondiente demanda, puesto que del expediente resulta que el solicitante no es doña ……, sino la mercantil «MDM Titulari, S.L.», resultando además de la inscripción 2.ª y última de la hoja social en el registro mercantil que la mercantil solicitante reúne el requisito mínimo del 5 %, por lo que no procede declarar en suspenso la tramitación del expediente tal y como solicita el recurrente, al no resultar del expediente la litispendencia que sería exigible respecto de la titularidad de las participaciones en cuestión.

En resumen, no resultando del expediente obrante en esta Dirección General la existencia de procedimiento judicial sobre las participaciones que ostenta la solicitante «MDM Titulari, S.L.» en «Participaciones Empresariales de Levante, S.A.» no procede suspensión alguna del procedimiento en cuestión.

2. En cuanto a la alegación basada en el abuso de derecho y mala fe por parte del solicitante, es doctrina consolidada de esta Dirección que siendo indiscutible que nuestro ordenamiento jurídico no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo por lo que el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización de buena fe (art. 7 del Código Civil), tam-

bién 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 ya se ha expresado 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 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; lo que se relaciona con el motivo siguiente de alegación, relativo a razones económicas y gastos innecesarios para las sociedades del grupo familiar como interés del solicitante al formular su petición.

3. En concreto, y en cuanto al motivo de alegación basado en el coste económico que la petición comporta para la sociedad, esto es, que la solicitud de auditor se ha hecho en este punto con el interés de hacer incurrir a las sociedades del grupo familiar en gastos innecesarios, es cuestión sobre la que este Centro Directivo también ha tenido ocasión de pronunciarse en numerosas ocasiones. Así, alegaciones como las relativas a la situación económica de la sociedad, falta de tesorería para hacer frente a la auditoría, costes de la

verificación contable, integrados esencialmente por el importe de los honorarios profesionales o, como es el presente caso, la expresa alegación de gastos innecesarios que la petición comportaría para la sociedad (art. 267 de la Ley de Sociedades de Capital), no puede ser estimada, pues de acuerdo con el artículo 265 del mismo texto legal, dichos costes corren a cargo de la sociedad. Como ha reiterado este Centro (resoluciones de 27 de febrero de 2013, 31 de enero de 2014, 16 de marzo de 2016, 8 y 12 de julio de 2016, entre otras, y como más recientes) el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital no deja margen a la interpretación, por lo que con independencia de cuales sean las condiciones económicas de la sociedad y el perjuicio económico alegado, se impone el derecho individual del socio a conocer el estado contable de la sociedad y a su verificación por auditor nombrado por el Registro Mercantil; extremo que, por otra parte, es reconocido por el propio recurrente en el primer inciso del punto 4 de su escrito de oposición.

Esta Dirección General ha resuelto confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Madrid XVI, don Ignacio Palacios Gil de Antuñano, de fecha 10 de abril de 2019 por la que acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor solicitado para el ejercicio 2018, en los términos expresados en 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, 1 de agosto de 2019 (8.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de Madrid.

Resolución de 1 de agosto de 2019 (9.ª)

En el expediente 133/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Netcheck, S.A.».

HECHOS

I

Don ……, doña …… y don …… presentaron escrito de fecha 21 de marzo de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 27 del mismo mes, en el que solicitaron al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, y como titulares de más del 5 % del capital social de la mercantil de «Netcheck, S.A.», (titulares del 1,75, 1 y 2,25 % del mismo, respectivamente), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

Junto con dicha solicitud se acompaña fotocopia de la escritura de compraventa de acciones otorgada el 25 de junio de 2013 ante el Notario de Madrid, don Luis Rueda Esteban, con número de protocolo 1123, por la que adquieren las acciones de la referida mercantil.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 2 de abril de 2019 en el domicilio social, que es recibido el día 11 del mismo mes. La mercantil no formula oposición en el plazo legalmente previsto.

III

El Registrador Mercantil de Madrid, don Jesús González y Salinas, dictó resolución de fecha 21 de junio de 2019, por la que acordó «nombrar el auditor de cuentas solicitado».

IV

Don ……, consejero delegado de la sociedad, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 21 de junio, alegando que la sociedad «tiene previsto acordar el nombramiento de auditor independiente» y negando la legitimidad de don …… para solicitar tal nombramiento al no ser titular de las referidas acciones al haberlas transmitido. Acompaña copia de la escritura de compraventa de acciones otorgada el 20 de junio de 2019 ante don Luis Rueda Esteban, Notario de Madrid, por la que don …… transmite las referidas acciones a la mercantil de «Atram Soluciones, S.L.»

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

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

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

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

lla efectivamente se realice y el socio pueda tener perfecto conocimiento de la contabilidad de la sociedad».

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

3. En el presente expediente el recurso planteado no puede prosperar por ninguno de los motivos planteados.

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 la solicitante. Efectivamente, don …… para acreditar su condición de socio presenta fotocopia compraventa de acciones otorgada el 25 de junio de 2013 ante el Notario de Madrid, don Luis Rueda Esteban, con número de protocolo 1123, por la que adquieren las acciones de la referida mercantil, aportando el requerido principio de prueba de su titularidad.

La sociedad en sede de recurso trata de negar la legitimidad del mismo acompañando copia de la escritura de compraventa de acciones otorgada el 20 de junio de 2019 ante don Luis Rueda Esteban, Notario de Madrid, por la que don …… transmite las referidas acciones a la mercantil «Atram Soluciones, S.L.»

Como queda meridianamente claro del propio recurso el solicitante era titular de las acciones desde su adquisición el 25 de junio de 2013 hasta su transmisión el 20 de junio de 2019, siendo por tanto titular y por ende legitimado para iniciar el presente expediente el día 27 de marzo de 2019, fecha en que se presentó la solicitud en el Registro Mercantil iniciando el expediente.

Sobre la cuestión de la legitimación del socio minoritario ha tenido ocasión de pronunciarse reiteradamente la Dirección General de los Registros y del Notariado 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.

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 motivo de recurso.

4. En segundo lugar, se alega la voluntad o intención de la sociedad de nombrar un auditor para el ejercicio 2018. En doctrina reiterada de este Centro Directivo que para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: a) Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. b) Que se garantice el derecho del socio al informe de auditoría, lo que solo puede lograrse mediante la inscripción del nombramiento, mediante la entrega al socio del referido informe o bien mediante su incorporación al expediente.

Inscrito el nombramiento de auditor voluntario el depósito de las cuentas sólo puede llevarse a cabo si vienen acompañadas del oportuno informe de verificación. Así lo ha sancionado expresamente la modificación del artículo 279 de la Ley de Sociedades de Capital (que entró en vigor el día 1 de enero de 2016; disposiciones finales cuarta y decimocuarta de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas), cuando dice en su inciso final: «Los administradores presentarán también, el informe de gestión, si fuera obligatorio, y el informe del auditor, cuando la sociedad esté obligada a auditoría por una disposición legal o ésta se hubiera acordado a petición de la minoría o de forma voluntaria y se hubiese inscrito el nombramiento de auditor en el Registro Mercantil.»

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

En el presente expediente no se ha cumplido ninguno de los referidos requisitos resultando del propio recurso exclusivamente la declaración de intenciones de la sociedad de nombrar un auditor. Por tanto, debe concluirse que no ha quedado enervado el derecho del socio minoritario a la verificación contable y por tanto el recurso tampoco puede prosperar en cuanto a este motivo.

Esta Dirección General ha resuelto confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Madrid XVI, don Ignacio Palacios Gil de Antuñano, de fecha 10 de abril de 2019 por la que acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor solicitado para el ejercicio 2018, en los términos expresados en 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, 1 de agosto de 2019 (9.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de Madrid.

Resolución de 1 de agosto de 2019 (10.ª)

En el expediente 134/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un interesado de «Sucesores de Victoriano Martín de la Rosa, S.L.».

HECHOS

I

Don …… presentó escrito de fecha 28 de marzo de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Huelva, en el que tuvo su entrada el mismo día 28, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, y como titular de más del 5 % del capital social de «Sucesores de Victoriano Martín de la Rosa, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

En concreto, manifiesta el interesado que actúa en su propio nombre y en representación de sus hermanos don …… y doña …… en virtud de un poder otorgado el 14 de marzo de 2019, con número de protocolo 146, ante doña María Asunción Zafra Palacio, Notario de Isla Cristina, acompañando a la solicitud copia del mismo.

Manifiesta que los tres hermanos «conforman la comunidad hereditaria de don ……», su padre, titular de las participaciones quien falleció el 12 de diciembre de 2018. Acompaña copia del certificado de defunción, así como del título de adquisición de las participaciones sociales por el causante.

II

La Registradora Mercantil de Huelva, doña Mercedes Jiménez-Alfaro Larrazábal, notifica a la sociedad mediante resolución de fecha 2 de abril de 2019, que es recibida el día siguiente, para que en su caso, ejercite el derecho de oposición a tal solicitud.

III

La sociedad se opuso a la pretensión del socio mediante escrito suscrito el día 9 de mayo de 2019 por don ……, apoderado de la sociedad, negando la legitimidad de los solicitantes al resultar las participaciones sociales de carácter ganancial sin comparecer la viuda del fallecido.

IV

Según resulta del expediente, por el registro mercantil de Huelva y con fecha 14 de mayo de 2019, por medio de correo certificado con acuse de recibo, se oficia al interesado a través de escrito en virtud del cual se le concedía un plazo de cinco días desde la recepción del mismo para que «aporte prueba documental que acredite, junto a sus hermanos, a los que representa en virtud de poder y cuya copia se acompaña y archiva, representan la totalidad de la comunidad hereditaria, o por el contrario, justifique que es la persona designada para la representación de dicha comunidad, en los términos establecidos en el referido artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital».

Con fecha 3 de junio de 2019 se aporta al Registro Mercantil escrito suscrito por el solicitante don ……, compareciendo en nombre y representación del solicitante, en el que manifiesta que «el día 7 de mayo de 2019 y con número de protocolo 651 de la notaría de Lepe, de doña Blanca Eugenia Barreiro Arenas, se formalizó acta de requerimiento inicial de declaración de herederos abintestato instada por don ……» de la que resultan los hechos referidos.

Además, se acompaña copia del acta de la mencionada notaria de fecha 5 de junio de 2019 acreditando que los herederos de don …… son sus tres mencionados hijos, sin perjuicio de la cuota legal usufructuaria que corresponde al viudo, doña ……, y escrito de fecha 17 de junio de 2019, ratificado ante la registradora mercantil, en que la mencionada viuda ratifica la solicitud de su hijo don …… que da lugar a este expediente.

V

La Registradora Mercantil de Huelva, doña Mercedes Jiménez-Alfaro Larrazábal, dictó resolución de fecha 17 de junio de 2019 por la que acordó estimar la solicitud y preceder al nombramiento del auditor solicitado.

VI

Don ……, apoderado de la sociedad, interpone recurso de alzada contra dicha resolución por escrito de fecha 4 de julio de 2019, que tuvo entrada el día 5 del mismo y año en el Registro Mercantil de Huelva, en base a los argumentos anteriormente expuestos.

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, 126, 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 y 1068 del Código Civil, así como las resoluciones judiciales y de esta Dirección General de los Registros y del Notariado citadas en el texto.

1. La única cuestión que se plantea en este expediente hace referencia a si concurre legitimación en el solicitante en el que se dan las siguientes circunstancias:

a) El solicitante manifiesta ostentar, junto con sus hermanos, en la mencionada sociedad más del 5 % del capital social como titular de la comunidad hereditaria surgida al fallecimiento del titular de las mismas.

b) El solicitante pretende acreditar tal condición de coheredero con los documentos que se acompañan, en concreto, copia del acta de la mencionada Notario de fecha 5 de junio de 2019 acreditando que los herederos de don …… son sus tres mencionados hijos sin perjuicio de la cuota legal usufructuaria que corresponde al viudo, doña ……. Y escrito de fecha 17 de junio de 2019 ratificado ante la Registradora Mercantil en la mencionada viuda ratifica la solicitud de su hijo don …… que da lugar a este expediente.

2. 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 se ha acreditado en este expediente, como resulta del punto 1 anterior.

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, cuestión debidamente probada en el caso de recurso, 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 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).

4. De los hechos expuestos al principio de la presente resulta que las participaciones de que era titular el socio fallecido se integran en la comunidad hereditaria que estará constituida por los coherederos que acrediten legalmente tal condición, circunstancia que el solicitante ya acredita en el expediente.

De conformidad con la doctrina expuesta en los considerandos anteriores procedería por tanto la desestimación del recurso ya que ha quedado debidamente acreditada tanto por quienes está integrada la mencionada comunidad hereditaria como la intervención de todos ellos, bien personalmente bien debidamente representados.

Las circunstancias que se dan en el caso que ahora se resuelve no son las mismas que en su día concurrían en otro supuesto planteado en este Centro Directivo que derivó en la resolución de 11 de junio de 2018; supuesto en el que la concreta situación fáctica hacía 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), fuere forzoso reconocer que de actuar de otro modo 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 resuelto con fecha 11 de junio de 2018, existía una situación de hecho que la sociedad no podía ignorar ni ignoraba y en la que, además, existía una situación de igualdad de cuotas que imposibilitaba un acuerdo sobre designación de representante, era evidente que la solución no podía ser sin más la aplicación del precepto citado. Si a lo anterior se añadía que uno de los comuneros ostentaba el cargo de administrador de la sociedad, resultaba evidente que la solución al conflicto no podía dejar en desamparo a quien ostentaba el mismo interés protegible. De forma expresiva lo afirmaba 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 artículo 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.»; motivo por el cual se estimó el recurso.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso y confirmar la resolución de la Registradora Mercantil de Huelva, doña Mercedes Jiménez-Alfaro Larrazábal, de fecha 17 de junio 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, 1 de agosto de 2019 (10.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de Huelva.

Resolución de 2 de agosto de 2019 (1.ª)

En el expediente 77/2019 sobre sustitución de liquidador a instancia de un socio de «Arpiserra S. A., en liquidación»

HECHOS

I

Don S. S. C., presentó un escrito de fecha 27 de diciembre de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, en el que solicitó, al amparo del artículo 389 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio de «Arpiserra S. A., en liquidación», la sustitución del liquidador en su día designado, don J.S.C., como consecuencia de la excesiva duración de la liquidación.

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

a) Que es socio de la sociedad Arpiserra S. A., en liquidación.
b) Que la sociedad Arpiserra S. A., adoptó el acuerdo de disolución el día27 de marzo de 2014 habiendo transcurrido más de tres años desde dicha fecha.
c) Que el liquidador designado no ha presentado balance final de liquidación ni lo ha presentado a la junta general sin que, además, haya cumplido con las obligaciones de información que resultan de la Ley de Sociedades de Capital.

II

Previo traslado de la solicitud por parte del Registro Mercantil, la sociedad por medio de su liquidador se opuso a la pretensión del socio alegando: I.– Que en el acuerdo de disolución a que se refiere la solicitud fueron designados como liquidadores los que hasta entonces eran administradores solidarios si bien con posterioridad, el día 3 de diciembre de 2014, fue elegido como liquidador único. Que tanto como liquidador solidario como posteriormente como liquidador único ha llevado diligentemente a cabo el cumplimiento de las obligaciones derivadas de su condición entre las que expone las siguientes: 1.º Liquidación de los distintos procedimientos laborales existentes a la fecha de su nombramiento. Procedimiento 514/2013 ante el juzgado de lo social núm. 17 de Barcelona, finalizado por transacción en 2014. Procedimiento 576/2013 seguido en el juzgado de lo social núm. 7 de Barcelona y finalizado por transacción en el año 2014. Procedimiento 1141/2013 seguido ante el juzgado de lo social núm. 17 de Bilbao finalizado por transacción en 2014. Procedimiento 1321/2013 ante el juzgado de lo social núm. 20 de Barcelona finalizado con condena al pago de la sociedad y subsiguiente procedimiento de reclamación de cantidad seguido ante el juzgado del o social núm. 5 de Barcelona que sigue en trámite y que ha dado lugar al embargo de determinadas fincas de la sociedad. Procedimiento 1034/2013 ante el juzgado de lo social núm. 15 de Barcelona finalizado por transacción en 2014. Procedimiento 428/2013 ante el juzgado de lo social núm. 17 de Barcelona finalizado por conciliación con los trabajadores. Procedimiento 321/2013 ante el mismo juzgado finalizado por sentencia desestimatoria. Procedimiento 351/2013 ante el mismo juzgado y finalizado por conciliación con los trabajadores en 2014. Procedimiento 42/2013 ante el juzgado de lo social núm. 20 de Barcelona finalizado por transacción en 2014. Procedimiento 320/2013 ante el juzgado de lo social núm. 17 de Barcelona finalizado por transacción en 2014. Procedimiento 517/2013 ante el juzgado de lo social núm. 17 de Barcelona finalizado por transacción. Procedimiento 350/2017 ante el mismo juzgado finalizado por sentencia desestimatoria. Procedimiento 1347/2013 ante el juzgado de lo social núm. 20 de Barcelona finalizado por transacción en 2014. Procedimiento seguido ante el juzgado de lo social núm. 17 de Barcelona finalizado por transacción en 2014. Procedimiento 1155/2013 seguido ante el juzgado de lo social núm. 8 de Barcelona finalizado por transacción en 2014. Que el solicitante, como socio de la mercantil, ha estado informado en todo momento de la marcha y resultado de los distintos pleitos laborales existentes. 2.º Liquidación de los procedimientos civiles seguidos con Banco de Santander. Procedimiento 525/2013 seguido ante el Juzgado de primera Instancia núm. 1 de San Feliu de Llobregat que ha finalizado mediante acuerdo extrajudicial de 28 de diciembre de 2016 (se acompaña). 3.º Liquidación de procedimiento civil con el BBVA, procedimiento 902/2013 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 21 de Barcelona, y del que se decretó ejecución (se acompaña documentación). Procedimiento 1095/2013 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 34 de Barcelona, y del que se decretó ejecución (se acompaña documentación). El

día 20 de julio de 2018 se alcanzó un acuerdo transaccional con la entidad que puso fin a los procedimientos anteriores. 3.º Liquidación de los procedimientos en curso con la Agencia Tributaria. Como consecuencia de deudas existentes con dicha Agencia y con la Tesorería General de la Seguridad Social se está en conversaciones a fin de poder saldar las deudas mediante la dación de determinados inmuebles. Se acompañan escritos de 2016 y 2017 de los que resultan distintos ofrecimientos a las Administraciones públicas que no han sido atendidos por lo que se han dictado providencias de apremio y se está a la resulta de la ejecución. 4.º Se acompaña un listado de deudores de la sociedad pendientes de cobro. 5.º Se acompaña un listado de mercancías en stock. Que de todo lo anterior resulta la existencia de bienes pendientes de liquidación la cual resulta muy difícil al estar embargados.

Que no ha existido dilación injustificada como resulta de los hechos expuestos. Que no puede llevarse a cabo la confección del balance final porque existen dos inmuebles gravados con embargos, como resulta de sus notas simples, cuya realización es muy dificultosa. Que existen deudas con las Administraciones Públicas cuya liquidación se está intentando. Que cuando acaben las citadas operaciones procederán los liquidadores a formular el balance final de liquidación y a convocar junta general de conformidad con el artículo 390 de la Ley de Sociedades de Capital. Que así lo entendió el Tribunal Supremo en su conocida sentencia 503/2012 de 25 de julio citada y confirmada por otras posteriores (con cita).

II. Que es incierto que los liquidadores hayan incumplido su obligación de información habiéndose cumplido todos los requerimientos de información que les ha dirigido el socio solicitante sin que por otra parte dicha circunstancia sea causa de separación de los liquidadores.

III

El Registrador Mercantil de Barcelona núm. 14, don Luis Fernández del Pozo dictó resolución en fecha 4 de abril de 2019 por la que acordó desestimar la solicitud de sustitución de liquidadores por existir justa causa para la duración de la liquidación de la sociedad.

IV

Don S.S.C., por escrito de fecha 6 de mayo de 2019, que tuvo entrada el día 9 inmediato posterior en el Registro Mercantil de Barcelona, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a, resumidamente, los siguientes argumentos: Que siendo la regla general que el balance final de liquidación y la convocatoria de la junta general de la sociedad hayan de realizarse transcurridos tres años como máximo desde la disolución de la sociedad salvo que exista causa que justifique lo contrario, corresponde a los liquidadores la acreditación de esta. Que lo trascendente no es si el liquidador ha realizado o no gestiones si no si existe causa que justifique la dilación. Que en cuanto a los procedimientos laborales finalizaron en los ejercicios 2013 y 2014 si bien se afirma, sin acreditarlo, que existe una deuda pendiente con uno de los trabajadores. Que en cuanto al acuerdo alcanzado con el banco de Santander no se explica por qué se tardó tanto en llegar al mismo sin que quepa explicación alguna que lo justifique. Que aconsejó en su día no enfrentarse al banco con demandas absurdas y que habrían impedido la dación en pago de un inmueble que ha resultado ruinosa. Que buena parte de los pleitos ruinosos que se han seguido podrían haberse evitado si se hubiese pactado un acuerdo en su día con el banco. Que del mismo modo y en relación a la deuda con el banco BBVA se alcanza un acuerdo en 20 de julio 2018 de una reclamación que viene del año 2013; que no se sabe por qué se tarda tanto tiempo en llegar al acuerdo. Que igualmente ha resultado ruinosa la política de

judicialización contra los créditos del Banco Popular. Que el liquidador tampoco explica que ha hecho con los stocks de la sociedad durante este tiempo. Que en relación a las deudas existentes con la Seguridad Social y la Agencia Tributaria el liquidador no ha hecho nada en cinco años e incluso tiene conocimiento de que se ha derivado responsabilidad hacia su persona. Que en el periodo anterior a la disolución se inició por su presión y la de los trabajadores un pre concurso, pero optaron por no llevar a cabo el concurso de la sociedad porque tendría carácter de culpable. Que tampoco se dispone de balance de liquidación o balance actualizado incumpliendo su obligación de formularlo en los tres meses siguientes a la declaración de disolución. Que de todo lo anterior resulta con claridad que no se justifica la dilación del proceso de liquidación. Que tampoco han sido convocadas las juntas generales de los ejercicios 2015, 2016 y 2017. Que se ha producido un sistemático incumplimiento de la obligación de información del artículo 388 de la Ley de Sociedades de Capital. Que se está incumpliendo el artículo 386 de la Ley de Sociedades de Capital sobre obligación de llevanza de la contabilidad. Que las últimas cuentas depositadas son las de 2011. Que los liquidadores no han aportado un solo documento del que resulte el cumplimiento de su obligación de información al socio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; artículos 371, 375, 376, 378, 380, 381, 383, 384, 385, 387, 388, 389 y 390 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital; 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil; la sentencia 866/1997, de 10 de octubre del Tribunal Supremo; sentencia número 118/2015 de 19 marzo de la Audiencia Provincial de Ourense (Sección 1.ª); auto 168/1998, de 27 de marzo de la Audiencia Provincial de La Rioja; auto número 203/2017 de 4 diciembre de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 28.ª); y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado en sede de recursos gubernativos de 13 de febrero de 1986, 30 de marzo de 1993, 26 de enero de 1994, 29 de octubre y 20 de noviembre de 1998, 12 de febrero y 27 de noviembre de 1999, 22 de mayo y 23 de julio de 2001, 3 de marzo de 2012, 5 de marzo y 16 de octubre de 2015, 3 de marzo y 13 de abril de 2016 y 27 de marzo de 2019

1. Constituye el objeto de este expediente, tramitado al amparo de la previsión del artículo 389 de la Ley de Sociedades de Capital, la solicitud llevada a cabo por un socio de una sociedad anónima en liquidación de que se lleve a cabo por parte del Registrador Mercantil la sustitución del liquidador en su día designado, como consecuencia de la duración excesiva de la liquidación.

2. La sociedad a que este expediente se refiere está en situación de liquidación, situación que como afirmara la Resolución de este Centro Directivo de 29 de octubre de 1998, tiene como objetivo «la determinación de la existencia o inexistencia de un remanente de bienes repartible entre los socios para, previa satisfacción de los acreedores sociales en su caso, proceder a su

reparto y a la cancelación de los asientos regístrales de la sociedad, lo que hace imprescindible la formulación de un balance final que refleje fielmente el estado patrimonial de la sociedad una vez realizadas las operaciones liquidatorias que aquella determinación comporta».

Con más precisión, la Resolución de 22 de mayo de 2001 afirma que «la liquidación no es, sino un procedimiento independiente, aunque derivado de la disolución, integrado por una serie de operaciones conducentes a extinguir las relaciones jurídicas de la sociedad, tanto con terceros como con sus propios socios para culminar con la extinción definitiva de aquélla. Durante ese período la sociedad sobrevive, conservando su personalidad jurídica, pero sujeta a un status especial, por cuanto con la disolución se pone fin a su vida empresarial activa (cfr. art. 267.1 Ley de Sociedades Anónimas) para pasar a realizar las actuaciones tendentes tan sólo a lograr aquellos fines tal como resulta de la enumeración de facultades de los liquidadores contenidas en el artículo 272 de la Ley (*vide* hoy, sección 3.ª del capítulo II, del Título décimo de la Ley de Sociedades de Capital)».

La figura central a la que la Ley llama en este período a desarrollar la actividad social y llevar a cabo el especial destino de las sociedades, es la figura del liquidador. Como afirma la Resolución de 3 de marzo de 2012: «…la vigente Ley de Sociedades de Capital, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2010 de 2 de julio, regula de forma detallada todo el proceso de liquidación de sociedades mercantiles estableciendo con detalle todas las operaciones que deben realizar los liquidadores nombrados hasta llegar a la total extinción de la sociedad y consiguiente cancelación de asientos registrales, previo pago a los acreedores y adjudicación del haber social. Uno de los puntos esenciales de ese proceso liquidatorio es la aprobación por la junta general del balance final de liquidación, o cuenta de cierre, del informe sobre las operaciones de liquidación y del proyecto de división entre los socios del activo resultante (cfr. art. 390.1 de la Ley de Sociedades de Capital). Dada la importancia y trascendencia de las operaciones liquidatorias que desembocan en el balance final de liquidación sometido a la aprobación de la junta general, que es la base sobre la cual, en su caso, se efectúa el reparto del haber social, y que debe ser resumen de todas las operaciones de liquidación patrimonial, el artículo 390.2 de la Ley de Sociedades de Capital concede a los socios que no hayan votado a favor del acuerdo, entre los que se incluyen lógicamente los no asistentes a la junta general, el derecho de impugnar el acuerdo de la junta general de aprobación del balance final en el plazo de dos meses a contar desde la adopción del acuerdo».

Para llevar a cabo esta tarea la Ley de Sociedades de Capital impone al liquidador designado un conjunto de facultades y deberes conducentes todos ellos al más exacto cumplimiento de las previsiones legales: obligación de velar por el patrimonio social (art. 375), de ejercer el poder de representación de la sociedad (art. 379), de formular un balance inicial (art. 383), de concluir las obligaciones pendientes y realizar las nuevas que sean necesarias (art. 384),

de realizar el cobro de créditos así como el pago de deudas (art. 385), de llevar la contabilidad y de cumplir las obligaciones relativas a los libros sociales (art. 386), de enajenar los bienes sociales (art. 387), de informar debida y periódicamente a los socios (art. 388), de formular el balance final, el informe sobre las operaciones de liquidación y el proyecto de división del haber social (art. 390), de satisfacer la cuota de liquidación a cada socio (arts. 391 y 394), de satisfacerla en metálico (art. 393) y, en fin, de otorgar la escritura de extinción de la sociedad (art. 395), sin perjuicio de persistir sus obligaciones si resulta la existencia de activo o pasivo sobrevenido (arts. 398 y 399), o las derivadas de formalización de actos jurídicos (art. 400).

Como afirma la citada Resolución de 22 de mayo de 2001, el régimen establecido legalmente presenta «un marcado carácter imperativo», derivado de la especial situación en que se encuentra la sociedad, de la finalidad que ha de presidir la realización de las operaciones liquidatorias y de la protección contemplada a los derechos de los socios y terceros. Así, los liquidadores no pueden llevar a cabo el reparto del haber social sin previamente satisfacer a los acreedores (art. 391.2 de la Ley de Sociedades de Capital y Resolución citada), ni pueden llevarlo a cabo en forma distinta a la establecida en los estatutos sociales o en la determinada por acuerdo social (art. 391.1), ni pueden satisfacer la cuota de liquidación en otra cosa que no sea dinero, salvo disposición contraria de los estatutos (art. 393), ni pueden pagarla hasta que haya devenido definitiva (art. 394 y Resolución de 13 de febrero de 1986).

3. La previsión legal es que el conjunto de operaciones que comprende la liquidación de una sociedad de capital se lleve a cabo por el liquidador sin sujeción a plazo y salvo disposición contraria de los estatutos (art. 378 de la Ley de Sociedades de Capital), previsión que obedece no sólo a la eventual complejidad de las operaciones de liquidación sino a la posibilidad de aparición de activos o pasivos sobrevenidos, tal y como se ha expuesto con anterioridad.

La previsión legal empero ha tenido en nuestro ordenamiento el contrapeso de la posibilidad de destitución del liquidador. Dejando de lado otros supuestos (separación por la junta general y separación a solicitud de accionistas, artículo 380.1 de la Ley de Sociedades de Capital), nuestro derecho siempre ha procurado la salvaguarda de los derechos de socios y de otros interesados en los supuestos en los que se ha producido un incumplimiento por parte del liquidador de sus obligaciones legales.

Dispone así el artículo 230 del Código de Comercio: «Bajo pena de destitución, deberán los liquidadores: 1.º Formar y comunicar a los socios, dentro del término de veinte días, el inventario del haber social, con el balance de las cuentas de la sociedad en liquidación, según los libros de su contabilidad. 2.º Comunicar igualmente a los socios todos los meses el estado de la liquidación.» La norma se aplicó al régimen de las sociedades de responsabilidad limitada como consecuencia de lo establecido por el artículo 32 de la Ley de 17 de julio de 1953: «Para la liquidación de las Sociedades de Responsabili-

dad Limitada se estará a lo dispuesto en la escritura de constitución y en el Código de Comercio.»

La previsión pasó al régimen de las sociedades anónimas en la forma establecida en el artículo 161.3 de la Ley de 17 de julio 1951, Ley sobre régimen jurídico de las sociedades anónimas que estableció: «Termina la función de los liquidadores:..3. Por decisión judicial, mediante justa causa, a petición de un grupo de accionistas que representen la vigésima parte del capital social.» La norma se incorporó al artículo 280 c) del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.

Por su parte la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitadas estableció un régimen distinto en el apartado segundo de su artículo 111, en los términos siguientes: «Transcurridos tres años desde la apertura de la liquidación sin que se haya sometido a la aprobación de la Junta General el balance final de liquidación, cualquier socio o persona con interés legítimo podrá solicitar del Juez de Primera Instancia del domicilio social la separación de los liquidadores. El Juez, previa audiencia de los liquidadores, acordará la separación si no existiere causa que justifique la dilación y nombrará liquidadores a la persona o personas que tenga por conveniente, fijando su régimen de actuación. Contra la resolución por la que se acuerde la separación y el nombramiento de liquidadores, no cabrá recurso alguno.»

Esta es la redacción que pasó al 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 que hoy, tras la reforma operada por la disposición final 14.5 de Ley núm. 15/2015, de 2 de julio, dice así: «1. Transcurridos tres años desde la apertura de la liquidación sin que se haya sometido a la aprobación de la junta general el balance final de liquidación, cualquier socio o persona con interés legítimo podrá solicitar del Secretario judicial o Registrador Mercantil del domicilio social la separación de los liquidadores. 2. El Secretario judicial o Registrador mercantil, previa audiencia de los liquidadores, acordará la separación si no existiere causa que justifique la dilación y nombrará liquidadores a la persona o personas que tenga por conveniente, fijando su régimen de actuación. 3. La resolución que se dicte sobre la revocación del auditor será recurrible ante el Juez de lo Mercantil.»

4. Como pusiera de relieve la Resolución de 7 de marzo de 2016 (en sede de Resoluciones sobre solicitud de convocatoria de junta general de sociedades de capital), la atribución competencial a los registradores mercantiles llevada a cabo por la reforma que de la Ley de Sociedades de Capital ha llevado a cabo la disposición final decimocuarta de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, no debe confundirse con la de calificación que le atribuye el artículo 18 del Código de Comercio, que constituye el núcleo de su función y que se rige por las reglas generales contenidas en el propio Código y en sus normas de desarrollo. La competencia de tramitar el expediente de convocatoria de junta general de una sociedad de capital debe encuadrarse entre aquellas a las que

se refiere el artículo 16.2 del Código de Comercio y que vienen desarrolladas en el Título Tercero del Reglamento del Registro Mercantil que expresivamente se denomina «De otras funciones del Registro Mercantil».

Esta Dirección General ha afirmado en múltiples ocasiones en sede de recursos en materia de nombramiento de auditores a instancia de la minoría *(vid.* Resoluciones de 26 de junio y 28 de julio de 2014, por todas), así como en materia de generación o renovación del código identificador de persona jurídica *(vid.* Resolución de 16 de julio de 2015), en sede de designación de mediadores concursales *(vid.* Resolución de 4 de marzo de 2016), y en sede de convocatoria de juntas generales *(vid.* Resolución ya citada y otras posteriores), que determinadas funciones encomendadas legalmente al registrador se encuadran en esas «otras funciones del Registro», a que se refiere el artículo 16.2 del Código de Comercio, funciones que son distintas de las relativas a la inscripción de los empresarios y sus actos (art. 16.1 del Código de Comercio). A diferencia de ésta, presidida por la función calificadora como control de legalidad que en aras del interés público a que responde la publicidad registral es llevado a cabo por el Registrador Mercantil de forma unilateral y objetiva, en los expedientes sobre nombramiento de auditores existe un foro de contraposición de intereses que ha de resolver el registrador como órgano de la Administración (Resolución de 15 de julio de 2005). De este modo, la decisión del Registrador Mercantil declarando la procedencia de la convocatoria de junta general no tiene el carácter de calificación registral, sino que es un acuerdo adoptado por quien en este procedimiento regulado en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil es la autoridad pública competente para resolver la solicitud (Resoluciones de 13 de enero de 2011 y 10 de julio de 2013, entre otras). De aquí se derivan importantes consecuencias como son el escaso rigorismo formal del procedimiento (por todas, Resolución de 21 de julio de 2010), la existencia de un sistema de recursos distinto del previsto para la calificación registral, y la aplicación subsidiaria de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en lo no previsto por una norma específica.

Esta misma doctrina es aplicable al expediente registral a través del que se da respuesta a la solicitud prevista en el artículo 389 de la Ley de Sociedades de Capital. En definitiva, que como ocurre con la competencia de nombramiento de expertos independientes y auditores, la de gestionar el denominado código identificador de entidades jurídicas, la de designar mediadores concursales, la de convocar juntas generales y otras similares, la de resolver sobre la procedencia de la sustitución de la persona del liquidador no es una función de calificación.

Una primera consecuencia de esta afirmación es la que se refiere al objeto del expediente. A diferencia del procedimiento por el que se resuelve la procedencia o no de modificar el contenido del Registro de la Propiedad, mercantil o de bienes muebles, el objeto de este expediente tiene el limitado alcance definido por el artículo 389 de la Ley de Sociedades de Capital: determinar si

concurren o no los requisitos para la sustitución del liquidador designado y su sustitución por otro en los términos que resultan del precepto. 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 procede que en el ámbito de este procedimiento se lleven a cabo pronunciamientos en relación a las cuestiones planteadas por las partes en este expediente y que son ajenas a su naturaleza y objeto, como son la valoración de la oportunidad o conveniencia de los acuerdos alcanzados con acreedores o de si los mismos han tardado más o menos tiempo en completarse, la determinación de la oportunidad de entablar determinados procedimientos judiciales o administrativos o la determinación de si la información recibida del liquidador es o no suficiente para satisfacer unos u otros intereses.

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.

Otra consecuencia importante de la naturaleza de este expediente es el que hace relación a la normativa aplicable. La ausencia de un procedimiento registral específico para que el Registrador Mercantil lleve a cabo el ejercicio de su competencia, a la espera de una futura reforma del Reglamento del Registro Mercantil, ha sido objeto de atención por esta Dirección General de los Registros y del Notariado que en su Resolución de contestación de consulta de 20 de noviembre de 2015, ha recordado que en relación al procedimiento que debe seguirse para tramitar expedientes desjudicializados de Jurisdicción Voluntaria por el Registrador Mercantil suele existir en la Ley, en los distintos expedientes, una remisión expresa a lo previsto para ello en el Reglamento del Registro Mercantil. Así, en el artículo 40 del Código de Comercio; artículos 139 y 140 de la Ley de Sociedades de Capital; artículo 266.2 de la Ley de Sociedades de Capital; artículo 377 de la Ley de Sociedades de Capital; artículo 381.2 y artículo 422 de la Ley de Sociedades de Capital. Falta sin embargo remisión expresa al Reglamento del Registro Mercantil en el supuesto de separación y sustitución de liquidadores. Como se afirmó entonces, la omisión reseñada no obstante es salvable pues 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.

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 al liquidador a efectos de formular oposición, lo establecido en cuanto a auditores en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

A diferencia del procedimiento previsto en materia de nombramiento de expertos independientes por el Registrador Mercantil (en que sólo se contempla la posibilidad de formular oposición en el caso de la recusación del nombrado), en el de nombramiento de auditores siempre ha existido un trámite por escrito de audiencia que permite ventilar la contradicción dentro del procedimiento. Se trata de una controversia que carece de relevancia contenciosa en los términos del artículo 1.2 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria y que, a diferencia de lo previsto en la vieja Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, no obliga a acudir a la jurisdicción contenciosa *(vid.* art. 17.3. 2.º de la Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativa).

Se aplicarán, en primer lugar, las reglas particulares del procedimiento previsto en materia de auditores (que contiene un mecanismo procedimental para solventar la audiencia de la sociedad o del liquidador, en este caso) contenidas en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil. En lo no previsto, cabe la aplicación supletoria de primer grado de lo establecido en el propio Reglamento del Registro Mercantil en materia de nombramiento de expertos independientes *(vid.* art. 364 del Reglamento del Registro Mercantil). Hay una aplicación supletoria de segundo grado de lo establecido en el procedimiento registral común e hipotecario *(vid.* art. 80 del Reglamento del Registro Mercantil sobre remisión al Reglamento Hipotecario) y, en fin, en lo no previsto aún, cabe entender con la doctrina Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de expedientes de expertos y auditores, que existe una supletoriedad de tercer grado de la legislación acerca del procedimiento administrativo común.

Esta última circunstancia tiene una especial relevancia porque, a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento registral ordinario, tienen derecho a participar en el expediente todos aquellos que ostenten la cualidad de interesados (art. 4 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), así como realizar alegaciones en cualquier estado del procedimiento (art. 76), y a la subsanación de la solicitud en los términos establecidos en el artículo 68 de la Ley. Por su parte la Administración, de forma contraria a lo que ocurre en el procedimiento registral ordinario (art. 326 de la Ley Hipotecaria), podrá resolver sobre las cuestiones que resulten del expediente, aún de las no traídas por las partes (arts. 88 y 119 de la Ley).

5. Establecido el marco conceptual en que debe resolverse este expediente tanto a nivel de ley material como de procedimiento, debe afirmarse en primer lugar la legitimación del solicitante, en cuanto socio, para instar el procedimiento que, como vimos más arriba, tiene como uno de sus fines esenciales satisfacer los créditos pendientes al tiempo de la apertura de la liquidación o los posteriores que puedan devengarse a fin de determinar el neto a distribuir así como determinar el neto repartible.

El artículo 389 de la Ley de Sociedades de Capital, en un esfuerzo objetivizador que proviene de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada de 1995, establece un plazo de tres años desde la apertura de la fase de liquidación para que cualquier socio o persona con interés legítimo inste la sustitución del liquidador designado. Este dato meramente temporal exige a su vez que en dicho plazo (computado desde la declaración de disolución y no desde la aceptación del cargo de liquidador como resulta indubitadamente de los arts. 371 y 389 de la Ley), no se haya aprobado el balance final de liquidación, así como la ausencia de causa que justifique la dilación. De los tres requisitos expuestos dos son meramente mecánicos en el sentido de que su verificación no reviste dificultad alguna. Por el contrario, es preciso determinar adecuadamente en qué consiste o en qué puede consistir la causa que justifique la dilación a fin de evitar una aplicación automática de un precepto que, como resulta de su tenor, exige un adecuado análisis de las circunstancias de hecho que sin invadir competencias judiciales permita al Registrador Mercantil emitir una resolución sobre la concurrencia de los requisitos legalmente establecidos.

La formulación del balance final depende de la finalización de las operaciones de liquidación (art. 390 de la Ley), por lo que será el cumplimiento de estas el que debe servir de baremo para tomar la decisión. Resulta evidente que la previsión legal sobre las operaciones de liquidación de una sociedad de capital resultará en un proceso más o menos complejo en función de las operaciones a realizar, circunstancia que a su vez dependerá de los concretos hechos que se pongan de manifiesto en el expediente. En sociedades que al tiempo de la apertura del proceso de liquidación sea preciso llevar a cabo un gran número de acciones encaminadas a la realización del activo y satisfacción del pasivo resultará difícil, sino imposible cumplir con el plazo legalmente establecido de tres años que sólo puede ser entendido como plazo generalmente razonable pero no como plazo preclusivo cualquiera que sea la sociedad a que se aplique. De ahí que la norma permita la transgresión del plazo cuando concurra causa que así lo justifique.

Ahora bien, resulta igualmente razonable entender que no bastará con alegar la complejidad del procedimiento de liquidación para entender que existe causa (justa, dice el art. 380 de la propia Ley). Es preciso para entender que existe causa de dilación que el liquidador haya atendido razonablemente al cumplimiento de las obligaciones inherentes a su cargo y que así resulte del expediente.

Hay que entender que el liquidador es un cargo elegido por la junta general de la sociedad de capital (art. 160 b), cuya competencia no puede ser preterida sino es por un motivo de una envergadura tal que así lo imponga. Es la junta general la que elige a la persona del liquidador y la que puede removerla de su cargo en cualquier momento (art. 380 de la propia Ley), de acuerdo al régimen de mayorías que sea de aplicación. Las normas protectoras de las minorías deben aplicarse teniendo en cuenta este principio so pena de vaciar de contenido la previsión legal sobre la competencia de la junta general. La protección de la minoría exige la concurrencia de unos hechos de los que resulte con rotundidad la inadecuación del sistema legal previsto para la satisfacción de sus intereses.

En definitiva, no basta el mero transcurso del tiempo previsto en la norma para la sustitución de la persona del liquidador si de las circunstancias que resulten del expediente resulta la complejidad de la situación a liquidar, así como el razonable cumplimiento por el liquidador de las obligaciones derivadas de la Ley. El mero retraso en el cumplimiento de alguna de dichas obligaciones o el incumplimiento parcial no constituyen supuestos que permitan tener por cumplimentado el supuesto de hecho a que se refiere el artículo 389 de la Ley de Sociedades de Capital (*vide* la sentencia 866/1997, de 10 de octubre del Tribunal Supremo, el auto 168/1998, de 27 de marzo de la Audiencia Provincial de La Rioja, la sentencia número 118/2015 de 19 marzo de la Audiencia Provincial de Ourense (Sección 1.ª), o el auto número 203/2017 de 4 diciembre de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 28.ª).

6. Aplicadas las consideraciones anteriores al supuesto de hecho el recurso no puede prosperar. Resulta de los hechos narrados por extenso que desde la declaración de disolución los liquidadores solidarios primero y el liquidador único después han estado llevando a cabo distintas acciones de liquidación que no han finalizado a la fecha de la presente. Como se ha puesto de manifiesto no es objeto de la presente ni la discusión sobre la pertinencia de los procedimientos judiciales ni la estrategia seguida por el liquidador en sus relaciones con acreedores ni deudores ni, en suma, si la dilación temporal derivada de dichas circunstancias puede o no ser imputada a sus actos. Lo relevante a efectos de la presente es que se han acreditado debidamente tanto la realización de numerosas acciones tendentes a la liquidación de la sociedad como su persistencia en el tiempo, así como la existencia de pasivos y activos pendientes de liquidación.

El solicitante alega que el liquidador no ha respondido adecuadamente a sus solicitudes de información. Del artículo 388 de la Ley de Sociedades de Capital resulta efectivamente la obligación del liquidador de tener debidamente informado a socios y acreedores del estado de la liquidación, pero de aquí no resulta un derecho individual de cada socio o de cada acreedor de recibir una información personalizada sobre el estado de la liquidación. El precepto establece una obligación genérica de mantener debidamente informadas a las personas interesadas, pero no una obligación frente a cada socio o acreedor cuyo incumplimiento pueda derivar en la solicitud de sustitución del

liquidador sin perjuicio de las acciones que puedan ejercitar en defensa de su derecho.

También alega el recurrente que no existe el balance inicial a que se refiere el artículo 383 de la Ley de Sociedades de Capital, pero lo cierto es que no alegó dicha circunstancia en su escrito de solicitud por lo que los liquidadores no han tenido la oportunidad de realizar alegaciones al respecto sin que del contenido del expediente resulte otra cosa más que la afirmación de parte.

Finalmente alega el recurrente la falta de convocatoria de juntas ordinarias de distintos ejercicios y del depósito de las cuentas anuales correspondientes. Nuevamente dicha circunstancia, que pudiera ser indiciaria de un incumplimiento de las obligaciones impuestas por la ley a los liquidadores, ni fue alegada en el escrito de solicitud ni resulta determinante para su estimación dado que puede obedecer a causas muy diversas.

En definitiva, esta Dirección General de los Registros y del Notariado considera que del expediente no resultan circunstancias suficientes que permitan apreciar la existencia de causa que justifique la sustitución de los liquidadores en su día designados por la junta general de la sociedad.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Barcelona núm. 14, don Luis Fernández del Pozo de fecha 4 de abril 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, 2 de agosto de 2019 (1.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de Barcelona.

Resolución de 2 de agosto de 2019 (2.ª)

En el expediente 79/2019 sobre sustitución de liquidador a instancia de un socio de «Arkofot S. A., en liquidación».

HECHOS

I

Don S. S. C.., presentó un escrito de fecha 27 de diciembre de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, en el que solicitó, al amparo del artículo 389 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio de «Arkofot S. A., en liquidación», la sustitución del liquidador en su día designados, doña M. S. C y don J. S. C., como consecuencia de la excesiva duración de la liquidación.

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

a) Que es socio de la sociedad «Arkofot S. A., en liquidación».

b) Que la sociedad «Arkofot S. A.». adoptó el acuerdo de disolución el día 18 de octubre de 2013 habiendo transcurrido más de tres años desde dicha fecha.

c) Que los liquidadores, anteriores administradores, no han cumplido con ninguna de las obligaciones de información establecidas en la Ley.

II

Previo traslado de la solicitud por parte del Registro Mercantil, la sociedad por medio de sus liquidadores se opuso a la pretensión del socio alegando: I. Que los dos liquidadores han actuado con la diligencia debida en el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la Ley. Que desde la disolución de la sociedad han llevado a cabo las siguientes operaciones: 1.º liquidación de los procedimientos seguidos en la jurisdicción laboral. Procedimiento 320/2013 ante el juzgado de lo social núm. 17 de Barcelona finalizado con sentencia desestimatoria de despido improcedente. Procedimiento 369/2013 ante el mismo juzgado en el que se consiguió una transacción con los actores. Procedimiento 350/2013 ante el mismo juzgado que finalizó con sentencia desestimatoria. Procedimiento 1347/2013 ante el Juzgado de lo social núm. 20 de Barcelona finalizado por transacción judicial en 2014. Procedimiento 428/2013 ante el juzgado de lo social núm. 17 de Barcelona finalizado por conciliación. Procedimiento 321/2017 seguido ante el mismo juzgado finalizado por sentencia desestimatoria. Procedimiento 351/2013 ante el mismo juzgado y con el mismo resultado. Procedimiento…Que el solicitante, como socio de la mercantil, ha estado informado en todo momento de la marcha y resultado de los distintos pleitos laborales existentes. 2.º Liquidación de otros procedimientos judiciales derivados de deudas de la sociedad: procedimiento monitorio seguido ante el juzgado de lo mercantil núm. 4 de Barcelona y posteriormente procedimiento ordinario finalizado por acuerdo transaccional de 16 de octubre de 2015 de todo lo que ha tenido conocimiento el solicitante. Procedimiento 525/2013 ante el Juzgado de Primera Instancia n1 1 de San Feliu de Llobregat instado por Banco de Santander y al que se opuso la sociedad. Procedimiento 400/2013 ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 27 de Barcelona instado por Banco de Santander. Además, el citado banco ostentaba distintos créditos contra la sociedad no reclamados judicialmente por distintos importes y conceptos. Que con la finalidad de poner fin a los procedimientos y a la eventual reclamación se alcanzó una transacción extrajudicial en fecha 28 de diciembre de 2016 copia de la cual se acompaña. 3.º Procedimiento instado por el banco BBVA núm. 1110/2013 ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 47 de Barcelona finalizado por sentencia en apelación del que se acompaña determinada documentación. Procedimiento 1091/2013 ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 53 de Barcelona resuelto por auto de la Audiencia Provincial

de Barcelona de fecha 27 de mayo de 2015 del que se acompaña documentación. Que en fecha 20 de julio de 2018 se llegó a un acuerdo extrajudicial con el banco del que se acompaña copia. 4.º Procedimientos instado por Banco Popular. Procedimiento 590/2013 ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de San Feliu de Llobregat del que se acompaña documentación. Procedimiento 997/2013 ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de Barcelona. Que los liquidadores están llevando a cabo una negociación al efecto de obtener una quita cuantiosa como consecuencia de la cesión de créditos llevada a cabo por el banco popular. 5.º Procedimientos de especial relevancia que impiden llevar a cabo un balance de liquidación a día de hoy: procedimiento 389/2017 ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 46 de Barcelona de reclamación de cantidad instado por la sociedad que se encuentra en tramitación actualmente acompañándose documentación. Procedimiento 753/2017 ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 56 de Barcelona instado por la sociedad que se encuentra archivado y pendiente de nueva demanda. Que la sociedad forma parte de un grupo denominado grupo Serra en el que, consecuencia de algunos de los procedimientos descritos, se suscribió un acuerdo a finales de 2018 en el que la sociedad había adquirido deudas frente a otra sociedad del grupo que satisfizo determinadas deudas con el fin de conseguir las transacciones a que se ha hecho referencia y por los que la sociedad transmitió los créditos a que se refiere este apartado. Que con esta operación se han ido reduciendo los pasivos de la sociedad. Que la cesión se refiere estrictamente a los créditos judicializados quedando remanentes no cedidos que han de ser reclamados judicialmente a los deudores lo que confirma que la liquidación no ha finalizado. 6.º Procedimientos contencioso administrativos. Que la sociedad tiene un procedimiento abierto por reclamación de deuda tributaria ante la Administración, procedimiento que está en fase de recurso y por el que la sociedad ha constituido hipoteca inmobiliaria. Que en fecha 3 de junio de 2016 el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictó sentencia parcialmente estimatoria. Que como consecuencia se requirió la liquidación a la sociedad si bien esta detectó un error y se planteó recurso de reposición en fecha 17 de marzo de 2017 que fue estimado por lo que la sociedad se encuentra en la actualidad esperando que por parte de la Administración Tributaria se inicie la ejecución de las garantías inmobiliarias a que se ha hecho referencia por lo que resulta tanto la existencia de deudas como de activo en la sociedad que impide la formación del balance final.

Que del conjunto de situaciones expresadas se deriva la existencia de justa causa para que no se haya podido formular el balance final. Que no ha existido dilación injustificada como resulta de los hechos expuestos. Que el devengo de la deuda a que se ha hecho referencia se produjo en diciembre de 2018 por lo que está pendiente su reclamación de las dos sociedades francesas que resultan ser las deudoras. Que del mismo modo existen cuatro inmuebles hipotecados a favor de la Administración Tributaria que están pendientes de ejecución. Que cuando acaben las citadas operaciones procederán los liquidadores a formular el balance final de liquidación y a convocar junta general de conformidad con el artículo 390 de la Ley de Sociedades de Capital. Que así lo entendió el Tribunal Supremo en su conocida sentencia 503/2012 de 25 de julio citada y confirmada por otras posteriores (con cita).

II. Que es incierto que los liquidadores hayan incumplido su obligación de información habiéndose cumplido todos los requerimientos de información que les ha dirigido el socio solicitante sin que por otra parte dicha circunstancia sea causa de separación de los liquidadores.

III

Tras la práctica de determinadas diligencias a fin de que se aportase documentación complementaria al expediente, el Registrador Mercantil de Barcelona núm. 14, don Luis

Fernández del Pozo dictó resolución en fecha de 28 de marzo 2019 por la que acordó desestimar la solicitud de sustitución de liquidadores por existir justa causa para la duración de la liquidación de la sociedad.

IV

Don S. S. C., por escrito de fecha 6 de mayo de 2019, que tuvo entrada el día 9 de mayo de 2019 en el Registro Mercantil de Barcelona, si bien tiene sello de imposición de correos del día 6 de mayo del mismo año, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a, resumidamente, los siguientes argumentos: Que siendo la regla general que el balance final de liquidación y la convocatoria de la junta general de la sociedad hayan de realizarse transcurridos tres años como máximo desde la disolución de la sociedad salvo que exista causa que justifique lo contrario, corresponde a los liquidadores la acreditación de esta. Que los liquidadores han aportado un documento transaccional con el Banco de Santander de fecha 28 de diciembre de 2016 en relación a procedimientos judiciales anteriores a la disolución de la sociedad sin que puedan justificar la dilación en la consecución del acuerdo. Que aconsejó en su día no enfrentarse al banco con demandas absurdas y que habrían impedido la dación en pago de un inmueble que ha resultado ruinosa. Que buena parte de los pleitos ruinosos que se han seguido podrían haberse evitado si se hubiese pactado un acuerdo en su día con el banco. Que los liquidadores acompañan igualmente un acuerdo transaccional con el banco BBVA sobre procedimientos abiertos antes de la disolución de la sociedad y que se ha demorado cinco años sin que se explique el motivo de esta dilación. Que igualmente ha resultado ruinosa la política de judicialización contra los créditos del Banco Popular. Que tampoco se explica la demora en reclamar en el año 2017 unos créditos contra unas sociedades francesas. Que tampoco se justifica acción alguna llevada a cabo con la Agencia Tributaria como consecuencia de las deudas garantizadas con hipoteca. Que del conjunto de la documentación aportada resulta que la dilación en el proceso de liquidación ha sido provocada por los propios liquidadores. Que tampoco se dispone de balance de liquidación o balance actualizado incumpliendo su obligación de formularlo en los tres meses siguientes a la declaración de disolución. Que tampoco han sido convocadas las juntas generales de los ejercicios 2015, 2016 y 2017. Que se ha producido un sistemático incumplimiento de la obligación de información del artículo 388 de la Ley de Sociedades de Capital. Que se está incumpliendo el artículo 386 de la Ley de Sociedades de Capital sobre obligación de llevanza de la contabilidad. Que siendo las últimas cuentas depositadas las de 2013 y habiéndose solicitado auditoría resulta de documentación de la auditora en su día designada la imposibilidad de llevar a cabo sus trabajos por falta de aportación de la documentación necesaria. Que los liquidadores no han aportado un solo documento del que resulte el cumplimiento de su obligación de información al socio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; artículos 371, 375, 376, 378, 380, 381, 383, 384, 385, 387, 388, 389 y 390 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 julio, por el que se aprueba el

Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital; 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil; la sentencia 866/1997, de 10 de octubre del Tribunal Supremo; sentencia número 118/2015 de 19 marzo de la Audiencia Provincial de Ourense (Sección 1.ª); auto 168/1998, de 27 de marzo de la Audiencia Provincial de La Rioja; auto número 203/2017 de 4 diciembre de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 28.ª); y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado en sede de recursos gubernativos de 13 de febrero de 1986, 30 de marzo de 1993, 26 de enero de 1994, 29 de octubre y 20 de noviembre de 1998, 12 de febrero y 27 de noviembre de 1999, 22 de mayo y 23 de julio de 2001, 3 de marzo de 2012, 5 de marzo y 16 de octubre de 2015, 3 de marzo y 13 de abril de 2016 y 27 de marzo de 2019

1. Constituye el objeto de este expediente, tramitado al amparo de la previsión del artículo 389 de la Ley de Sociedades de Capital, la solicitud llevada a cabo por un socio de una sociedad anónima en liquidación de que se lleve a cabo por parte del Registrador Mercantil la sustitución del liquidador en su día designado, como consecuencia de la duración excesiva de la liquidación.

2. La sociedad a que este expediente se refiere está en situación de liquidación, situación que como afirmara la Resolución de este Centro Directivo de 29 de octubre de 1998, tiene como objetivo «la determinación de la existencia o inexistencia de un remanente de bienes repartible entre los socios para, previa satisfacción de los acreedores sociales en su caso, proceder a su reparto y a la cancelación de los asientos regístrales de la sociedad, lo que hace imprescindible la formulación de un balance final que refleje fielmente el estado patrimonial de la sociedad una vez realizadas las operaciones liquidatorias que aquella determinación comporta».

Con más precisión, la Resolución de 22 de mayo de 2001 afirma que «la liquidación no es, sino un procedimiento independiente, aunque derivado de la disolución, integrado por una serie de operaciones conducentes a extinguir las relaciones jurídicas de la sociedad, tanto con terceros como con sus propios socios para culminar con la extinción definitiva de aquélla. Durante ese período la sociedad sobrevive, conservando su personalidad jurídica, pero sujeta a un status especial, por cuanto con la disolución se pone fin a su vida empresarial activa (cfr. art. 267.1 Ley de Sociedades Anónimas) para pasar a realizar las actuaciones tendentes tan sólo a lograr aquellos fines tal como resulta de la enumeración de facultades de los liquidadores contenidas en el artículo 272 de la Ley (*vide* hoy, sección 3.ª del capítulo II, del Título décimo de la Ley de Sociedades de Capital)».

La figura central a la que la Ley llama en este período a desarrollar la actividad social y llevar a cabo el especial destino de las sociedades, es la figura del liquidador. Como afirma la Resolución de 3 de marzo de 2012: «…la vigente Ley de Sociedades de Capital, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/2010 de 2 de julio, regula de forma detallada todo el proceso de liquidación de sociedades mercantiles estableciendo con detalle todas las operaciones que deben realizar los liquidadores nombrados hasta llegar a la total extinción de

la sociedad y consiguiente cancelación de asientos registrales, previo pago a los acreedores y adjudicación del haber social. Uno de los puntos esenciales de ese proceso liquidatorio es la aprobación por la junta general del balance final de liquidación, o cuenta de cierre, del informe sobre las operaciones de liquidación y del proyecto de división entre los socios del activo resultante (cfr. art. 390.1 de la Ley de Sociedades de Capital). Dada la importancia y trascendencia de las operaciones liquidatorias que desembocan en el balance final de liquidación sometido a la aprobación de la junta general, que es la base sobre la cual, en su caso, se efectúa el reparto del haber social, y que debe ser resumen de todas las operaciones de liquidación patrimonial, el artículo 390.2 de la Ley de Sociedades de Capital concede a los socios que no hayan votado a favor del acuerdo, entre los que se incluyen lógicamente los no asistentes a la junta general, el derecho de impugnar el acuerdo de la junta general de aprobación del balance final en el plazo de dos meses a contar desde la adopción del acuerdo».

Para llevar a cabo esta tarea la Ley de Sociedades de Capital impone al liquidador designado un conjunto de facultades y deberes conducentes todos ellos al más exacto cumplimiento de las previsiones legales: obligación de velar por el patrimonio social (art. 375), de ejercer el poder de representación de la sociedad (art. 379), de formular un balance inicial (art. 383), de concluir las obligaciones pendientes y realizar las nuevas que sean necesarias (art. 384), de realizar el cobro de créditos así como el pago de deudas (art. 385), de llevar la contabilidad y de cumplir las obligaciones relativas a los libros sociales (art. 386), de enajenar los bienes sociales (art. 387), de informar debida y periódicamente a los socios (art. 388), de formular el balance final, el informe sobre las operaciones de liquidación y el proyecto de división del haber social (art. 390), de satisfacer la cuota de liquidación a cada socio (arts. 391 y 394), de satisfacerla en metálico (art. 393) y, en fin, de otorgar la escritura de extinción de la sociedad (art. 395), sin perjuicio de persistir sus obligaciones si resulta la existencia de activo o pasivo sobrevenido (arts. 398 y 399), o las derivadas de formalización de actos jurídicos (art. 400).

Como afirma la citada Resolución de 22 de mayo de 2001, el régimen establecido legalmente presenta «un marcado carácter imperativo», derivado de la especial situación en que se encuentra la sociedad, de la finalidad que ha de presidir la realización de las operaciones liquidatorias y de la protección contemplada a los derechos de los socios y terceros. Así, los liquidadores no pueden llevar a cabo el reparto del haber social sin previamente satisfacer a los acreedores (art. 391.2 de la Ley de Sociedades de Capital y Resolución citada), ni pueden llevarlo a cabo en forma distinta a la establecida en los estatutos sociales o en la determinada por acuerdo social (art. 391.1), ni pueden satisfacer la cuota de liquidación en otra cosa que no sea dinero, salvo disposición contraria de los estatutos (art. 393), ni pueden pagarla hasta que haya devenido definitiva (art. 394 y Resolución de 13 de febrero de 1986).

3. La previsión legal es que el conjunto de operaciones que comprende la liquidación de una sociedad de capital se lleve a cabo por el liquidador sin sujeción a plazo y salvo disposición contraria de los estatutos (art. 378 de la Ley de Sociedades de Capital), previsión que obedece no sólo a la eventual complejidad de las operaciones de liquidación sino a la posibilidad de aparición de activos o pasivos sobrevenidos, tal y como se ha expuesto con anterioridad.

La previsión legal empero ha tenido en nuestro ordenamiento el contrapeso de la posibilidad de destitución del liquidador. Dejando de lado otros supuestos (separación por la junta general y separación a solicitud de accionistas, art. 380.1 de la Ley de Sociedades de Capital), nuestro derecho siempre ha procurado la salvaguarda de los derechos de socios y de otros interesados en los supuestos en los que se ha producido un incumplimiento por parte del liquidador de sus obligaciones legales.

Dispone así el artículo 230 del Código de Comercio: «Bajo pena de destitución, deberán los liquidadores: 1.º Formar y comunicar a los socios, dentro del término de veinte días, el inventario del haber social, con el balance de las cuentas de la sociedad en liquidación, según los libros de su contabilidad. 2.º Comunicar igualmente a los socios todos los meses el estado de la liquidación.» La norma se aplicó al régimen de las sociedades de responsabilidad limitada como consecuencia de lo establecido por el artículo 32 de la Ley de 17 de julio de 1953: «Para la liquidación de las Sociedades de Responsabilidad Limitada se estará a lo dispuesto en la escritura de constitución y en el Código de Comercio.»

La previsión pasó al régimen de las sociedades anónimas en la forma establecida en el artículo 161.3 de la Ley de 17 de julio 1951, Ley sobre régimen jurídico de las sociedades anónimas que estableció: «Termina la función de los liquidadores:..3. Por decisión judicial, mediante justa causa, a petición de un grupo de accionistas que representen la vigésima parte del capital social.» La norma se incorporó al artículo 280 c) del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.

Por su parte la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitadas estableció un régimen distinto en el apartado segundo de su artículo 111, en los términos siguientes: «Transcurridos tres años desde la apertura de la liquidación sin que se haya sometido a la aprobación de la Junta General el balance final de liquidación, cualquier socio o persona con interés legítimo podrá solicitar del Juez de Primera Instancia del domicilio social la separación de los liquidadores. El Juez, previa audiencia de los liquidadores, acordará la separación si no existiere causa que justifique la dilación y nombrará liquidadores a la persona o personas que tenga por conveniente, fijando su régimen de actuación. Contra la resolución por la que se acuerde la separación y el nombramiento de liquidadores, no cabrá recurso alguno.»

Esta es la redacción que pasó al 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 que hoy, tras la reforma operada por la disposición final 14.5 de Ley núm. 15/2015, de 2 de julio, dice así: «1. Transcurridos tres años desde la apertura de la liquidación sin que se haya sometido a la aprobación de la junta general el balance final de liquidación, cualquier socio o persona con interés legítimo podrá solicitar del Secretario judicial o Registrador Mercantil del domicilio social la separación de los liquidadores. 2. El Secretario judicial o Registrador mercantil, previa audiencia de los liquidadores, acordará la separación si no existiere causa que justifique la dilación y nombrará liquidadores a la persona o personas que tenga por conveniente, fijando su régimen de actuación.3. La resolución que se dicte sobre la revocación del auditor será recurrible ante el Juez de lo Mercantil.»

4. Como pusiera de relieve la Resolución de 7 de marzo de 2016 (en sede de Resoluciones sobre solicitud de convocatoria de junta general de sociedades de capital), la atribución competencial a los registradores mercantiles llevada a cabo por la reforma que de la Ley de Sociedades de Capital ha llevado a cabo la disposición final decimocuarta de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, no debe confundirse con la de calificación que le atribuye el artículo 18 del Código de Comercio, que constituye el núcleo de su función y que se rige por las reglas generales contenidas en el propio Código y en sus normas de desarrollo. La competencia de tramitar el expediente de convocatoria de junta general de una sociedad de capital debe encuadrarse entre aquellas a las que se refiere el artículo 16.2 del Código de Comercio y que vienen desarrolladas en el Título Tercero del Reglamento del Registro Mercantil que expresivamente se denomina «De otras funciones del Registro Mercantil».

Esta Dirección General ha afirmado en múltiples ocasiones en sede de recursos en materia de nombramiento de auditores a instancia de la minoría *(vid.* Resoluciones de 26 de junio y 28 de julio de 2014, por todas), así como en materia de generación o renovación del código identificador de persona jurídica *(vid.* Resolución de 16 de julio de 2015), en sede de designación de mediadores concursales *(vid.* Resolución de 4 de marzo de 2016), y en sede de convocatoria de juntas generales *(vid.* Resolución ya citada y otras posteriores), que determinadas funciones encomendadas legalmente al registrador se encuadran en esas «otras funciones del Registro», a que se refiere el artículo 16.2 del Código de Comercio, funciones que son distintas de las relativas a la inscripción de los empresarios y sus actos (art. 16.1 del Código de Comercio). A diferencia de ésta, presidida por la función calificadora como control de legalidad que en aras del interés público a que responde la publicidad registral es llevado a cabo por el Registrador Mercantil de forma unilateral y objetiva, en los expedientes sobre nombramiento de auditores existe un foro de contraposición de intereses que ha de resolver el registrador como órgano de la Administración (Resolución de 15 de julio de 2005). De este modo, la decisión del Registrador Mercantil declarando la procedencia de la

convocatoria de junta general no tiene el carácter de calificación registral, sino que es un acuerdo adoptado por quien en este procedimiento regulado en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil es la autoridad pública competente para resolver la solicitud (Resoluciones de 13 de enero de 2011 y 10 de julio de 2013, entre otras). De aquí se derivan importantes consecuencias como son el escaso rigorismo formal del procedimiento (por todas, Resolución de 21 de julio de 2010), la existencia de un sistema de recursos distinto del previsto para la calificación registral, y la aplicación subsidiaria de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en lo no previsto por una norma específica.

Esta misma doctrina es aplicable al expediente registral a través del que se da respuesta a la solicitud prevista en el artículo 389 de la Ley de Sociedades de Capital. En definitiva, que como ocurre con la competencia de nombramiento de expertos independientes y auditores, la de gestionar el denominado código identificador de entidades jurídicas, la de designar mediadores concursales, la de convocar juntas generales y otras similares, la de resolver sobre la procedencia de la sustitución de la persona del liquidador no es una función de calificación.

Una primera consecuencia de esta afirmación es la que se refiere al objeto del expediente. A diferencia del procedimiento por el que se resuelve la procedencia o no de modificar el contenido del Registro de la Propiedad, mercantil o de bienes muebles, el objeto de este expediente tiene el limitado alcance definido por el artículo 389 de la Ley de Sociedades de Capital: determinar si concurren o no los requisitos para la sustitución del liquidador designado y su sustitución por otro en los términos que resultan del precepto. 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 procede que en el ámbito de este procedimiento se lleven a cabo pronunciamientos en relación a las cuestiones planteadas por las partes en este expediente y que son ajenas a su naturaleza y objeto, como son la valoración de la oportunidad o conveniencia de los acuerdos alcanzados con acreedores o de si los mismos han tardado más o menos tiempo en completarse, la determinación de la oportunidad de entablar determinados procedimientos judiciales o administrativos o la determinación de si la información recibida del liquidador es o no suficiente para satisfacer unos u otros intereses.

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.

Otra consecuencia importante de la naturaleza de este expediente es el que hace relación a la normativa aplicable. La ausencia de un procedimiento registral específico para que el Registrador Mercantil lleve a cabo el ejercicio de su competencia, a la espera de una futura reforma del Reglamento del Registro Mercantil, ha sido objeto de atención por esta Dirección General de los Registros y del Notariado que en su Resolución de contestación de consulta de 20 de noviembre de 2015, ha recordado que en relación al procedimiento que debe seguirse para tramitar expedientes desjudicializados de Jurisdicción Voluntaria por el Registrador Mercantil suele existir en la Ley, en los distintos expedientes, una remisión expresa a lo previsto para ello en el Reglamento del Registro Mercantil. Así, en el artículo 40 del Código de Comercio; artículos 139 y 140 de la Ley de Sociedades de Capital; artículo 266.2 de la Ley de Sociedades de Capital; artículo 377 de la Ley de Sociedades de Capital; artículo 381.2 y artículo 422 de la Ley de Sociedades de Capital. Falta sin embargo remisión expresa al Reglamento del Registro Mercantil en el supuesto de separación y sustitución de liquidadores. Como se afirmó entonces, la omisión reseñada no obstante es salvable pues 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.

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 al liquidador a efectos de formular oposición, lo establecido en cuanto a auditores en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

A diferencia del procedimiento previsto en materia de nombramiento de expertos independientes por el Registrador Mercantil (en que sólo se contempla la posibilidad de formular oposición en el caso de la recusación del nombrado), en el de nombramiento de auditores siempre ha existido un trámite por escrito de audiencia que permite ventilar la contradicción dentro del procedimiento. Se trata de una controversia que carece de relevancia contenciosa en los términos del artículo 1.2 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria y que, a diferencia de lo previsto en la vieja Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, no obliga a acudir a la jurisdicción contenciosa *(vid.* art. 17.3. 2.º de la Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativa).

Se aplicarán, en primer lugar, las reglas particulares del procedimiento previsto en materia de auditores (que contiene un mecanismo procedimental para solventar la audiencia de la sociedad o del liquidador, en este caso) contenidas en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil. En lo no previsto, cabe la aplicación supletoria de primer grado de lo establecido en el propio Reglamento del Registro Mercantil en materia de nombramiento de expertos independientes *(vid.* art. 364 del Reglamento del Registro Mercantil). Hay una aplicación supletoria de segundo grado de lo establecido en el procedimiento registral común e hipotecario *(vid.* art. 80 del Reglamento del Registro Mercantil sobre remisión al Reglamento Hipotecario) y, en fin, en lo no previsto aún, cabe entender con la doctrina Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de expedientes de expertos y auditores, que existe una supletoriedad de tercer grado de la legislación acerca del procedimiento administrativo común.

Esta última circunstancia tiene una especial relevancia porque, a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento registral ordinario, tienen derecho a participar en el expediente todos aquellos que ostenten la cualidad de interesados (art. 4 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), así como realizar alegaciones en cualquier estado del procedimiento (art. 76), y a la subsanación de la solicitud en los términos establecidos en el artículo 68 de la Ley. Por su parte la Administración, de forma contraria a lo que ocurre en el procedimiento registral ordinario (art. 326 de la Ley Hipotecaria), podrá resolver sobre las cuestiones que resulten del expediente, aún de las no traídas por las partes (arts. 88 y 119 de la Ley).

5. Establecido el marco conceptual en que debe resolverse este expediente tanto a nivel de ley material como de procedimiento, debe afirmarse en primer lugar la legitimación del solicitante, en cuanto socio, para instar el procedimiento que, como vimos más arriba, tiene como uno de sus fines esenciales satisfacer los créditos pendientes al tiempo de la apertura de la liquidación o los posteriores que puedan devengarse a fin de determinar el neto a distribuir así como determinar el neto repartible.

El artículo 389 de la Ley de Sociedades de Capital, en un esfuerzo objetivizador que proviene de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada de 1995, establece un plazo de tres años desde la apertura de la fase de liquidación para que cualquier socio o persona con interés legítimo inste la sustitución del liquidador designado. Este dato meramente temporal exige a su vez que en dicho plazo (computado desde la declaración de disolución y no desde la aceptación del cargo de liquidador como resulta indubitadamente de los artículos 371 y 389 de la Ley), no se haya aprobado el balance final de liquidación, así como la ausencia de causa que justifique la dilación. De los tres requisitos expuestos dos son meramente mecánicos en el sentido de que su verificación no reviste dificultad alguna. Por el contrario, es preciso determinar adecuadamente en qué consiste o en qué puede consistir la causa que jus-

tifique la dilación a fin de evitar una aplicación automática de un precepto que, como resulta de su tenor, exige un adecuado análisis de las circunstancias de hecho que sin invadir competencias judiciales permita al Registrador Mercantil emitir una resolución sobre la concurrencia de los requisitos legalmente establecidos.

La formulación del balance final depende de la finalización de las operaciones de liquidación (art. 390 de la Ley), por lo que será el cumplimiento de estas el que debe servir de baremo para tomar la decisión. Resulta evidente que la previsión legal sobre las operaciones de liquidación de una sociedad de capital resultará en un proceso más o menos complejo en función de las operaciones a realizar, circunstancia que a su vez dependerá de los concretos hechos que se pongan de manifiesto en el expediente. En sociedades que al tiempo de la apertura del proceso de liquidación sea preciso llevar a cabo un gran número de acciones encaminadas a la realización del activo y satisfacción del pasivo resultará difícil, sino imposible cumplir con el plazo legalmente establecido de tres años que sólo puede ser entendido como plazo generalmente razonable pero no como plazo preclusivo cualquiera que sea la sociedad a que se aplique. De ahí que la norma permita la transgresión del plazo cuando concurra causa que así lo justifique.

Ahora bien, resulta igualmente razonable entender que no bastará con alegar la complejidad del procedimiento de liquidación para entender que existe causa (justa, dice el artículo 380 de la propia Ley). Es preciso para entender que existe causa de dilación que el liquidador haya atendido razonablemente al cumplimiento de las obligaciones inherentes a su cargo y que así resulte del expediente.

Hay que entender que el liquidador es un cargo elegido por la junta general de la sociedad de capital (art. 160 b), cuya competencia no puede ser preterida sino es por un motivo de una envergadura tal que así lo imponga. Es la junta general la que elige a la persona del liquidador y la que puede removerla de su cargo en cualquier momento (art. 380 de la propia Ley), de acuerdo al régimen de mayorías que sea de aplicación. Las normas protectoras de las minorías deben aplicarse teniendo en cuenta este principio so pena de vaciar de contenido la previsión legal sobre la competencia de la junta general. La protección de la minoría exige la concurrencia de unos hechos de los que resulte con rotundidad la inadecuación del sistema legal previsto para la satisfacción de sus intereses.

En definitiva, no basta el mero transcurso del tiempo previsto en la norma para la sustitución de la persona del liquidador si de las circunstancias que resulten del expediente resulta la complejidad de la situación a liquidar, así como el razonable cumplimiento por el liquidador de las obligaciones derivadas de la Ley. El mero retraso en el cumplimiento de alguna de dichas obligaciones o el incumplimiento parcial no constituyen supuestos que permitan tener por cumplimentado el supuesto de hecho a que se refiere el artículo 389 de la Ley de Sociedades de Capital (*vide* la sentencia 866/1997, de 10 de octu-

bre del Tribunal Supremo, el auto 168/1998, de 27 de marzo de la Audiencia Provincial de La Rioja, la sentencia número 118/2015 de 19 marzo de la Audiencia Provincial de Ourense (Sección 1.ª), o el auto número 203/2017 de 4 diciembre de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 28.ª).

6. Aplicadas las consideraciones anteriores al supuesto de hecho el recurso no puede prosperar. Resulta de los hechos narrados por extenso que desde la declaración de disolución los liquidadores han estado llevando a cabo distintas acciones de liquidación que no han finalizado a la fecha de la presente. Como se ha puesto de manifiesto no es objeto de la presente ni la discusión sobre la pertinencia de los procedimientos judiciales ni la estrategia seguida por los liquidadores en sus relaciones con acreedores ni deudores ni, en suma, si la dilación temporal derivada de dichas circunstancias puede o no ser imputada a sus actos. Lo relevante a efectos de la presente es que los liquidadores han acreditado debidamente tanto la realización de numerosas acciones tendentes a la liquidación de la sociedad como su persistencia en el tiempo, así como la existencia de pasivos y activos pendientes de liquidación.

El solicitante alega que el liquidador no ha respondido adecuadamente a sus solicitudes de información. Del artículo 388 de la Ley de Sociedades de Capital resulta efectivamente la obligación del liquidador de tener debidamente informado a socios y acreedores del estado de la liquidación, pero de aquí no resulta un derecho individual de cada socio o de cada acreedor de recibir una información personalizada sobre el estado de la liquidación. El precepto establece una obligación genérica de mantener debidamente informadas a las personas interesadas, pero no una obligación frente a cada socio o acreedor cuyo incumplimiento pueda derivar en la solicitud de sustitución del liquidador sin perjuicio de las acciones que puedan ejercitar en defensa de su derecho.

También alega el recurrente que no existe el balance inicial a que se refiere el artículo 383 de la Ley de Sociedades de Capital, pero lo cierto es que no alegó dicha circunstancia en su escrito de solicitud por lo que los liquidadores no han tenido la oportunidad de realizar alegaciones al respecto sin que del contenido del expediente resulte otra cosa más que la afirmación de parte.

Finalmente alega el recurrente la falta de convocatoria de juntas ordinarias de distintos ejercicios y del depósito de las cuentas anuales correspondientes. Nuevamente dicha circunstancia, que pudiera ser indiciaria de un incumplimiento de las obligaciones impuestas por la ley a los liquidadores, ni fue alegada en el escrito de solicitud ni resulta determinante para su estimación dado que puede obedecer a causas muy diversas.

En definitiva, esta Dirección General de los Registros y del Notariado considera que del expediente no resultan circunstancias suficientes que permitan apreciar la existencia de causa que justifique la sustitución de los liquidadores en su día designados por la junta general de la sociedad.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Barcelona XIV, don Luis Fernández del Pozo, de fecha de 28 de marzo 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 agosto de 2019 (2.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de Barcelona.

Resolución de 2 de agosto de 2019 (3.ª)

En el expediente 78-019 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Contratos y Diseños Industriales, S.A.».

HECHOS

I

Don S. I. P., don J. L. D. B. y don F. J. C. A., presentaron un escrito de fecha 18 de febrero de 2018 dirigido al Registro Mercantil de Barcelona en donde tuvo su entrada el día 28 de febrero de 2019, en el que solicitaron, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socios de «Contratos y Diseños 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.

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

a) Que la sociedad celebró junta general en fecha 29 de junio de 2018. Que en dicha junta y en relación a la propuesta de aplicación del resultado del ejercicio 2017 esta consistía en destinarlo íntegramente a reservas. Que tanto los tres solicitantes como otro socio, don F.L.G.M., votaron en contra de la propuesta.

De acta notarial, que se acompaña, autorizada por la notaria de Badalona doña Blanca Pardo García en la misma fecha y de su diligencia de presencia, igualmente de la misma fecha, resulta la declaración del presidente de la junta de su válida constitución por concurrir, presente y representado, el 95,95 % del capital social. El socio don S. I. P., comparece en la junta personalmente y como representante de los otros dos solicitantes. Resulta que tras la aprobación de primer punto del orden del día relativo a la aprobación de las cuentas anuales del ejercicio 2017 se entra en el segundo relativo a la propuesta de aplicación del resultado que tiene el siguiente contenido. Que el beneficio obtenido en el ejercicio ascendente a ciento cincuenta y seis mil trescientos ocho euros con noventa y un céntimos (156.308,91 €), se destine en cuanto a cincuenta y dos mil quinientos euros (52.500 €), a dividendo y en cuanto ciento tres mil ochocientos ocho euros con noventa y un céntimos (103.808,91 €) a compensación de pérdidas de ejercicios anteriores.

Resulta de la diligencia de presencia el resultado de la votación, así como determinadas vicisitudes sobre la explicación del sentido del voto y de modificación de propuesta de aplicación del resultado. De diligencia de 3 de agosto de 2018 llevada a cabo por la notaria autorizante resulta que en relación al segundo punto del orden del día y antes de realizar votación alguna el socio don S. I. P., a solicitud del presidente, expresó que a pesar de desear que se repartan dividendos y ante la imposibilidad de conocer la veracidad del beneficio vota en contra de la propuesta. Consta que el presidente y administrador modifica su propuesta en el sentido de que el beneficio se destine a reservas. Consta que determinado socio expresa ante dicho cambio su voluntad de ejercer el derecho de separación y la manifestación de don S.I.P. de reiterar su voluntad de que se repartan dividendos.

b) Los socios don S. I. P., don J. L. D. B. y don F. J. C. A., remitieron sendos burofaxes a la sociedad en fechas 25 y 26 de julio de 2018 en los que, a la vista de lo acordado en la junta general, notifican el ejercicio de su derecho de separación al amparo de lo establecido en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

c) Que mediante comunicaciones de la administración de fechas 1 y 29 de agosto de 2018 se negó el derecho de separación e incluso que se votase en contra de la propuesta de aplicación del resultado.

d) Que la administración de la sociedad convocó nueva junta en fecha 7 de noviembre de 2018 para votar sobre la aplicación del resultado, convocatoria fraudulenta dado que era una cuestión ya votada en la junta de referencia y que no tenía otra finalidad que desactivar el ejercicio del derecho de separación.

II

Tras determinada diligencia de subsanación y previo traslado de la solicitud por parte del Registro Mercantil, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: Que como resulta del acta notarial de la junta celebrada el día 29 de junio de 2018 no se recogió la votación del segundo punto del orden del día ni su resultado. Que ante dicha situación fue preciso convocar junta extraordinaria que se celebró el día 7 de noviembre de 2018 en la que se adoptó el acuerdo de destinar a dividendo la cantidad de cincuenta y dos mil quinientos euros (52.500 €), cantidad superior a un tercio de los beneficios obtenidos, destinándose el resto a la compensación de pérdidas de ejercicios anteriores. Que dicho acuerdo, junto con el de aprobación de las cuentas anuales, consta depositado en el Registro Mercantil habiéndose procedido al pago del dividendo. Que no se da el supuesto de hecho para el ejercicio del derecho de separación. Que la sociedad es de tipo cerrado, familiar y que ha visto sus resultados comprometidos en los últimos ejercicios por la pérdida de un cliente importante que además ha dejado una deuda reseñable. Que el solicitante don S.I.P. ha venido realizando maniobras para la adquisición de su paquete social desde que cesó como

administrador. Que esto explica su comportamiento hostil en la sociedad y en otras relacionadas ya por si ya por medio de personas vinculadas. Que ha venido entorpeciendo la labor de la administración incluso interponiendo recursos judiciales uno de los cuales ha sido completamente desestimatorio. Que otro socio ha comunicado su intención de vender su paquete accionarial. Que las votaciones y resultados que manifiestan los solicitantes y en los que fundamentan su derecho no guardan relación con los hechos ocurridos en la junta según resultan del acta notarial de la misma fecha. Que incluso de la primera redacción del acta de la junta resulta que se aprobó la propuesta de aplicación del resultado que contemplaba precisamente el pago del dividendo. Que no existió otra segunda votación sino una explicación del sentido del voto contrario del señor don S.I.P., circunstancia que le impide el ejercicio del derecho de separación. Que ante la confusión de los hechos producidos la propia notaria autorizante realizó la diligencia de subsanación de la que resulta indubitadamente que no hubo votación sobre el citado punto del orden del día. Que así las cosas la sociedad adquirió el paquete del socio que deseaba desvincularse de la sociedad y posteriormente se celebró la junta general extraordinaria en fecha 7 de noviembre donde se aprobó la propuesta de aplicación del resultado, junta a la que no asistieron ni personalmente dos de los tres solicitantes.

III

El Registrador Mercantil de Barcelona núm. 3, don Fernando Pedro Méndez González dictó resolución en fecha 17 de abril de 2019 por la que acordó admitir la oposición y resolver la improcedencia del nombramiento del experto solicitado para la determinación del valor razonable de las acciones de acuerdo con el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil.

IV

Don S. I. P., don J. L. D. B. y don F. J. C. A., por escrito de fecha 15 de mayo de 2019, que tuvo entrada el día 20 de mayo de 2019 en el Registro Mercantil de Barcelona, interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a, resumidamente, los siguientes argumentos: Que el registrador realiza una interpretación errónea del acta de la junta celebrada el día 29 de junio de 2018 en la que si existió una votación sobre la propuesta de aplicación del resultado y en la que los solicitantes votaron en contra de que se destinase la totalidad del resultado a reservas. Que el registrador concluye en su resolución en la negativa de que en la citada junta se votara ni adoptara acuerdo alguno en relación al segundo punto del orden del día. Que analizado el contenido del acta de la junta de 29 de junio de 2019 resulta que los solicitantes votaron en contra de la primera propuesta de la administración de destinar 52.500 euros a dividendo por coherencia con su postura de no aprobar las cuentas anuales pese a manifestar su voluntad de que se repartiese dividendo. Que como consecuencia de lo anterior el administrador modificó su propuesta en el sentido de destinar el total beneficio a reservas. Que a continuación y tras insistir en su deseo de que hubiese reparto de dividendo se procedió a la votación definitiva de la nueva propuesta que fue aprobada por la mayoría con el voto en contra de los solicitantes. Que ante la notificación del ejercicio del derecho de separación la administración contestó negando su existencia, contestación de la que se deduce que aceptó el hecho de que había existido votación y de que otro socio, distinto a los solicitantes, ejercitara su derecho de separación. Que la notaria autorizante, con posterioridad al ejercicio del derecho de separación y de su notificación, modificó el contenido del acta suprimiendo el resul-

tado de la votación del segundo punto del orden del día en flagrante violación de los artículos 97 y 102 del Reglamento del Registro Mercantil. Que se desconocen los motivos que pudieron llevar a la notaria a modificar el contenido del acta, pero lo que está claro es que existió votación, aunque no se reflejase su resultado en violación de las previsiones del Reglamento del Registro Mercantil lo que se puso en conocimiento de la administración. A continuación, la administración contesta en un sentido que pone de manifiesto que si existió la votación, aunque técnicamente no se reflejase en el acta notarial. Finalmente, la administración convocó nueva junta general con la finalidad de subsanar el hecho de que el acta no recogiera el resultado de la votación del segundo punto del orden del día. Sin embargo, en dicha junta no se llevó a cabo tal subsanación sino la votación de una nueva propuesta que fue aprobada con la abstención del señor S.I.P., votación que de acuerdo a la jurisprudencia no puede enervar lo acordado en la junta anterior. En dicha segunda junta además se acordó sobre la adquisición del paquete de acciones del otro socio que en su día anunció el ejercicio de su derecho de separación lo que supone una aceptación tácita de la existencia de tal derecho.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; artículos 346, 348, 348 bis, 349 y 353 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital; y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil; las sentencias del Tribunal Supremo 32/2006, de 23 de enero y 63/2011, de 28 de febrero; y las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de enero de 2011, 4 de febrero de 2013, 25 de julio, 17 de septiembre y 3 de noviembre de 2014, 21 de enero y 14 de mayo de 2015, 20 de septiembre, 23 de octubre, 16, 27 y 28 de noviembre, 4, 11, 22 y 28 de diciembre de 2017, 8, 16, 22, 26 y 31 de enero y 1, 7, 12, las tres del día 13, las tres del día 22, 28 de febrero, 26 de marzo, 9 de abril, 4, 16 y 22 de mayo, 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. Celebrada junta general de una sociedad anónima en fecha 29 de junio de 2018 se documenta mediante acta notarial en los términos que resultan de los hechos. Tres de los socios que, presentes o representados asistieron a dicha junta ejercitan su derecho de separación en función del contenido de lo entonces acordado. La sociedad niega, con fundamento en los mismos hechos, que existiera votación sobre la aplicación del resultado y, en consecuencia, ejercicio del derecho de separación. El Registrador Mercantil estima la oposición de la sociedad en base al contenido de la reiterada acta notarial. Los interesados recurren en los términos que resultan de los hechos.

2. Constituye el objeto de la presente determinar si concurren o no los requisitos establecidos en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capi-

tal para que por parte del Registrador Mercantil se proceda a la designación de un experto en los términos previstos en el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital. Habida cuenta del contenido del escrito de solicitud, del escrito de oposición y del escrito de recurso, la cuestión se centra en dilucidar si en la junta general celebrada por la sociedad anónima el día 29 de junio de 2018 se tomó o no un acuerdo en relación a la propuesta de aplicación del resultado.

Para dar una respuesta adecuada en derecho a la cuestión así planteada es preciso llevar a cabo dos precisiones sobre lo que constituye el objeto de la presente y sobre el sentido del contenido de la convocatoria de junta general.

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

En cuanto a los medios de conocimiento, el procedimiento es de naturaleza escrita y al mismo han de traerse exclusivamente aquellos documentos en los que las partes funden sus pretensiones. Como resulta del artículo 351.2 del Reglamento del Registro Mercantil: «La instancia, debidamente suscrita, habrá de acompañarse, en su caso, de los documentos acreditativos de la legitimación del solicitante.» Por su parte el artículo 354.1 establece que: «La sociedad sólo podrá oponerse al nombramiento solicitado si en el plazo de cinco días, a contar desde la fecha de la notificación, aporta prueba documental de que no procede el nombramiento o si niega la legitimación del solicitante.»

De este modo, todo aquello que no resulte de la documentación presentada queda fuera del procedimiento y deberá, en su caso, ser objeto de valoración en el procedimiento jurisdiccional que las partes consideren conveniente entablar en defensa de su posición jurídica.

En atención a las consideraciones anteriores escapa de la competencia de esta Dirección General cualquier otra cuestión que no sea estrictamente la determinación de si concurren o no los requisitos para que proceda la designación de experto independiente. Esta Dirección no puede invadir el terreno competencial de los Tribunales de Justicia por lo que esta resolución no puede entrar a valorar la conducta de las partes ni el alcance que haya que dar a la misma ni si de sus actos u omisiones hay que deducir la concurrencia de requisitos legales. Estas y otras cuestiones de naturaleza semejante escapan por completo del objeto del expediente por lo que no existirá un pronunciamiento al respecto.

3. Por lo que se refiere a la formación de la voluntad social, y como afirmara la Resolución en materia de recursos contra las calificaciones de los registradores de 5 de agosto de 2013, en nuestro ordenamiento jurídico la formación de la voluntad social de las sociedades anónimas se lleva a cabo mediante la adopción de acuerdos en junta general (art. 159 de la Ley de Sociedades de Capital), previa su válida constitución (arts. 193 y 194), acuerdos que se adoptan con las mayorías establecidas mediante la emisión del voto por cada socio (art. 201). Todos los socios tienen derecho a asistir a las juntas (art. 179) y, salvo excepciones, como es el caso de cotitularidad (art. 126), a emitir un voto por cada acción de su titularidad (art. 188). Es por tanto la titularidad la que determina, en principio, la legitimación para asistir a la junta y emitir el voto (arts. 91 y 93) por lo que debe ser acreditada frente a la sociedad por quien reclame el ejercicio de los derechos inherentes a la misma.

Ahora bien, para que el socio pueda adoptar la decisión que mejor convenga a sus intereses la convocatoria de la junta debe especificar el contenido del orden del día (art. 174), de forma que sólo pueden ser sometidos al criterio de la junta aquellas propuestas que resulten del mismo. Al efecto se prevé el derecho de los socios a recabar información del órgano de administración sobre los asuntos a tratar (art. 197), así como, en relación a la junta ordinaria a: «…obtener de la sociedad, de forma inmediata y gratuita, los documentos que han de ser sometidos a la aprobación de la misma, así como en su caso, el

informe de gestión y el informe del auditor de cuentas. » El orden del día lo elabora el órgano de administración y, tratándose de junta ordinaria, la propuesta de aplicación del resultado lo es a instancia del propio órgano (arts. 253 y 273 de la Ley de Sociedades de Capital).

Por lo que se refiere a la documentación de los hechos acontecidos en la junta general, dispone así el artículo 202 de la Ley de Sociedades de Capital: «1. Todos los acuerdos sociales deberán constar en acta. 2. El acta deberá ser aprobada por la propia junta al final de la reunión o, en su defecto, y dentro del plazo de quince días, por el presidente de la junta general y dos socios interventores, uno en representación de la mayoría y otro por la minoría. 3. Los acuerdos sociales podrán ejecutarse a partir de la fecha de la aprobación del acta en la que consten.»

Por su parte el Reglamento del Registro Mercantil desarrolla dicho precepto en sus artículos 97 a 100 donde se regula el contenido del acta especificando el artículo 99.3 que el acta de la junta se firma por el secretario de la misma con el visto bueno del presidente.

Excepción a este régimen general lo constituye el supuesto de acta notarial de la junta general. Dispone 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.»

De la regulación legal resulta con meridiana claridad que cuando el acta notarial es acta de junta general no es precisa su aprobación por la propia junta y su ejecución es posible desde la fecha de su cierre por el notario autorizante.

Por su parte el Reglamento del Registro Mercantil, al desarrollar este precepto, aclara que el notario que levanta acta de la junta no se limita a hacer constar lo que perciba por sus sentidos sino que analiza el contenido de la convocatoria, así como su regularidad (art. 101.1), se asegura de la identidad de los cargos de presidente y secretario (art. 101.2) y pregunta a la junta sobre la existencia de reservas o protestas sobre las manifestaciones del presidente relativas a los socios y capital que representan (art. 101.3), haciendo constar las circunstancias a que se refiere el artículo 102 del propio reglamento. Como documento público que es, el acta notarial de junta da fe de su contenido de conformidad con las reglas generales (art. 1218 del Código Civil), de modo que hay que estar al mismo sin perjuicio del ejercicio de las acciones de impugnación por quien acredite estar en condiciones de así hacerlo.

4. Aplicadas las consideraciones anteriores al supuesto de hecho resulta del acta notarial autorizada en la misma fecha que la junta general de 29 de junio de 2018 que la propuesta de aplicación es la que se ha hecho constar en los hechos; es decir, que el beneficio obtenido en el ejercicio ascendente a ciento cincuenta y seis mil trescientos ocho euros con noventa y un céntimos (156.308,91 €), se destine en cuanto a cincuenta y dos mil quinientos euros (52.500 €), a dividendo y en cuanto ciento tres mil ochocientos ocho euros con noventa y un céntimos (103.808,91 €) a compensación de pérdidas de ejercicios anteriores.

Del contenido del acta y de su diligencia de subsanación de fecha 3 de agosto de 2018, que ciertamente carecen de la concreción necesaria, sólo resulta que el señor S.I.P., manifiesta su voluntad de que se repartan dividendos y que vota en contra de la propuesta, pero sin que resulte que la propuesta haya sido sometida a votación ni cual haya sido el resultado de esta. Esta Dirección General debe atenerse a los hechos que resultan del acta notarial sin que a la misma le competa hacer conjeturas, como pretende el escrito de recurso, sobre qué hechos tuvieron o no lugar o sobre el sentido que haya de darse a los mismos o a la conducta de terceros que no forman parte del expediente o sobre el sentido que haya de darse al contenido de los distintos escritos que las partes han presentado en la formación del expediente. Tampoco es posible que esta Dirección se pronuncie sobre la posible modificación de la propuesta de aplicación del resultado, su viabilidad o su validez porque no resultando de los hechos expuestos en el acta notarial que se haya producido votación sobre la propuesta de aplicación o sobre su modificación, carece de relevancia a los efectos de la presente.

A los hechos anteriores ha de sumarse la circunstancia de que las cuentas anuales han sido depositadas en el Registro Mercantil resultando la aprobación de la propuesta de aplicación del resultado del acuerdo adoptado al respecto en la junta general celebrada el día 7 de noviembre de 2018, circunstancias que, como pone de relieve el registrador mercantil, se presumen exactas y válidas y se encuentran bajo la salvaguarda judicial de conformidad con el artículo 20 del Código de Comercio.

5. Así las cosas resulta con claridad que el recurso no puede prosperar. Como se ha expuesto a lo largo de la presente, el derecho de separación depende para su existencia de la concurrencia de los requisitos establecidos legalmente, circunstancia que, como ha quedado expuesto, no se ha producido en el supuesto. La evidente situación de conflicto social que se refleja en la documentación aportada deberá resolverse por los medios previstos en el ordenamiento, pero no permite servir de sustento a la solicitud, pues el precepto en que se fundamenta (art. 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital), exige la aprobación de las cuentas sociales, así como de la propuesta de aplicación de resultado como presupuesto aquella existencia. Pretender la existencia del derecho de separación al amparo del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital cuando resulta acreditada la aprobación de las cuentas,

pero no resulta acreditada la aprobación de una determinada propuesta de aplicación del resultado no puede encontrar el amparo de esta Dirección General (la propuesta de aplicación del resultado que consta acreditada y bajo salvaguarda judicial es distinta de la que pretenden los solicitantes). El hecho de que los instantes mostraran su voluntad favorable al reparto de dividendos, pero sin que hubiera acuerdo alguno sobre la aplicación del resultado, no altera la conclusión anterior pues si bien acredita su voluntad al respecto no empece al hecho de que no existe aplicación del resultado aprobado por la junta general en los términos a que se refiere la solicitud.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Barcelona III, don Fernando Pedro Méndez González, de fecha 17 de abril 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, 2 de agosto de 2019 (3.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de Barcelona.

Resolución de 2 de agosto de 2019 (4.ª)

En el expediente 85/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Vincere Serveis Auxiliar, S.L.».

HECHOS

I

Doña …… presentó escrito de fecha 7 de enero de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, en el que tuvo su entrada el día 23 del mismo mes, en el que solicitó, al

amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, y como titular de más del 5 % del capital social de la mercantil «Vincere Serveis Auxiliar, S.L.» (titular del 50 % del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 28 de enero de 2019 en el domicilio social que consta en la hoja social de la misma, siendo recibido el día 13 de febrero, sin haber formulado oposición en el plazo legalmente previsto.

III

El Registrador Mercantil de Barcelona XV, don Jesús María Ducay López, dictó resolución de fecha 28 de febrero de 2019 por la que acordó «que procede el nombramiento de auditor solicitado». Dicha resolución es notificada por correo certificado tanto en el domicilio social como en el resulta de la administradora de la misma. Al ser devuelta la notificación de la resolución recaída en el domicilio social es nuevamente notificada.

IV

Don ……, administrador único de la mercantil «Vincere Serveis Auxiliar, S.L.», interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 28 de febrero, indicando que la notificación del presente expediente se ha realizado en el anterior domicilio social que corresponde con el de la solicitante, si bien, en «la Junta celebrada el pasado 12 de marzo de 2019 se manifestó que era necesario el cambio de domicilio por la razón indicada en el párrafo anterior, cambio que está pendiente de inscripción registral».

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 artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital es la de reforzar la posición de los socios minoritarios

dentro de la estructura empresarial, para lo cual dicho artículo reconoce y regula el derecho a la verificación de la contabilidad social por un profesional independiente nombrado por el Registrador Mercantil a instancia de los socios que reúnan un mínimo de participaciones sociales o acciones equivalentes al 5 % del capital social y siempre que presenten su solicitud en los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social.

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

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

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

la entrega al socio del referido informe o bien mediante su incorporación al expediente.

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 23 de enero de 2019, solicitud que es trasladada a la mercantil mediante resolución del Registro Mercantil de fecha 28 de enero en su domicilio social. La propia sociedad reconoce en su escrito de recurso que efectivamente se ha trasladado el domicilio de la mercantil, alteración que, sin embargo, se encuentra pendiente de inscripción registral.

El Registrador Mercantil de Barcelona emite resolución de fecha 28 de febrero por la que acuerda la procedencia del nombramiento de auditor a instancia del socio minoritario.

La cuestión se traslada por tanto a si la sociedad ha sido debidamente notificada en el domicilio que constaba en el Registro Mercantil, dándose a su vez la circunstancia de que ha tenido pleno conocimiento del expediente al haber presentado el escrito de recurso.

3. El recurso no puede prosperar ya que no puede aceptarse la alegación de la sociedad relativa a que el domicilio en el que se han realizado las notificaciones es distinto a su domicilio real. Las sociedades de capital pueden establecer su domicilio donde tengan por conveniente con dos limitaciones: que sea en territorio español y que en él «…se halle el centro de su efectiva administración y dirección, o en el que radique su principal establecimiento o explotación» (art. 9 de la Ley de Sociedades de Capital). Si el domicilio señalado no coincide con el real, dicha circunstancia no perjudica a terceros (art. 10 de la propia Ley de Sociedades de Capital en relación con el artículo 20 del Código de Comercio). Que exista coincidencia es responsabilidad del órgano de administración a quien incumbe el deber de llevar la gestión de la sociedad con la diligencia debida (art. 225 de la Ley) y a quien incumbe la iniciativa para modificar, en su caso, el contenido de los estatutos (art. 286 de la Ley de Sociedades de Capital). En consecuencia y como resulta del propio

expediente, es el propio órgano de administración el que debe de tomar las medidas precisas para que el domicilio real y el domicilio social fijado en estatutos y publicado coincidan, deber muy favorecido por el legislador que, salvo disposición contraria de los estatutos, autoriza a cumplir dentro del mismo término municipal sin necesidad de acuerdo social de modificación de estatutos (art. 285.2 de la Ley de Sociedades de Capital).

No cabe en consecuencia apreciar indefensión alguna de la sociedad que pueda provocar la nulidad del expediente (art. 62 de la Ley 30/1992), pues ha sido la propia sociedad quien, con su inacción, ha provocado que un tercero (en este caso la Administración), haya realizado la notificación de la existencia de solicitud de verificación contable por socio minoritario, en el domicilio señalado por la propia sociedad en el Registro Mercantil. Además, la inexistencia de indefensión material es patente en cuanto que la sociedad ha tenido ocasión de provocar este recurso y alegar lo que en defensa de sus intereses ha tenido por conveniente. No ha existido una situación definitiva en vía administrativa ante la que no haya podido reaccionar debidamente la sociedad.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Barcelona XV, don Jesús María Ducay López, de fecha 28 de enero de 2019, por la que resuelve proceder al nombramiento solicitado.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución 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 agosto de 2019 (4.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de Barcelona.

Resolución de 2 de agosto de 2019 (5.ª)

En el expediente 91/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Solum Simplices, S.L.».

HECHOS

I

Don …… presentó escrito de fecha 25 de febrero de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, en el que tuvo su entrada el día 27 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 «Solum Simplices, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil en el domicilio social por correo certificado con acuse de recibo, así como al administrador único de la misma y a su representante legal, en los domicilios que constan según Registro, sin haberse formulado oposición en el plazo legalmente previsto.

III

El Registrador Mercantil de Barcelona XVI, Francisco Javier González del Valle García, dictó resolución de fecha 15 de abril de 2019 por la que acordó proceder al nombramiento de auditor solicitado para el ejercicio 2018.

IV

Don ……, en nombre y representación de la mercantil «Solum Simplices, S.L.», como representante persona física de la sociedad administradora de la primera, la mercantil «Danako Entertainment, S.L.», interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra la anterior resolución de fecha 15 de abril de 2019, alegando como argumentos de su escrito de recurso, además de cuestiones personales entre los socios, en esencia, que el solicitante tenía conocimiento de la situación al ejercer las funciones de administrador de hecho, así como cuestiones económicas derivadas de la falta de fondos de la compañía mercantil para hacer frente al gasto que supone la realización de una auditoría de cuentas.

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 los fundamentos anteriormente expuestos por el recurrente 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 primera cuestión relativa al supuesto conocimiento de la marcha de la sociedad por parte del solicitante, al ejercer el mismo las funciones de administrador de hecho, 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.* arts. 196 y 197 en relación con los artículos 253 y 272 de la Ley de Sociedades de Capital). Téngase en cuenta que el objeto de este expediente no es determinar si el socio minoritario puede acceder o no a la información contable sino si tiene derecho a que se designe un auditor a fin de obtener una opinión técnica, independiente e imparcial sobre si las cuentas «expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación» (art. 1 del Real Decreto Legislativo 22/2015, de 21 de julio por el que se aprueba la Ley de Auditoría de Cuentas).

2. En cuanto al motivo de alegación basado en gasto que la petición comporta para la sociedad, en concreto, falta de fondos de la compañía mercantil para hacer frente al gasto que supone la realización de una auditoría de cuentas, es cuestión sobre la que este Centro Directivo también ha tenido ocasión de pronunciarse en numerosas ocasiones. Así, alegaciones como las relativas a la situación económica de la sociedad, falta de tesorería para hacer frente a la auditoría, costes de la verificación contable, integrados esencialmente por el importe de los honorarios profesionales o, como es el presente caso, la expresa alegación de falta de fondos de la compañía mercantil para hacer frente al gasto que supone la realización de una auditoría de cuentas (art. 267 de la Ley de Sociedades de Capital), no puede ser estimada, pues de acuerdo con el artículo 265 del mismo texto legal, dichos costes corren a cargo de la sociedad. Como ha reiterado este Centro (resoluciones de 27 de febrero de 2013, 31 de enero de 2014, 16 de marzo de 2016, 8 y 12 de julio de 2016, entre otras, y como más recientes) el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital no deja margen a la interpretación, por lo que con independencia de cuales sean las condiciones económicas de la sociedad y el perjuicio económico alegado, se

impone el derecho individual del socio a conocer el estado contable de la sociedad y a su verificación por auditor nombrado por el Registro Mercantil.

3. Lo anterior, unido al cumplimiento por el solicitante de los requisitos exigidos por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, que no han sido desvirtuados por la sociedad en el expediente, esto es, representando el socio solicitante más del cinco por ciento del capital social y no habiendo transcurrido tres meses desde la fecha de cierre de dicho ejercicio, procede el nombramiento solicitado de auditor que efectúe la revisión de las cuentas anuales del ejercicio 2018.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Barcelona XVI, Francisco Javier González del Valle García, de fecha 15 de abril de 2019, por la que acordó proceder al nombramiento de auditor solicitado para el ejercicio 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución 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 agosto de 2019 (5.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de Barcelona.

Resolución de 2 de agosto de 2019 (6.ª)

En el expediente 125/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Ramafa Grup, S.L.» (Sociedad unipersonal).

HECHOS

I

Don …… presentó escrito de fecha 8 de marzo de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, 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 «Ramafa Grup, S.L.U.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

II

Por oficio del Registrador Mercantil de Barcelona VI, don José Antonio Rodríguez del Valle Iborra, se pone en conocimiento del solicitante que se procede a suspender la tramitación del procedimiento instado habida cuenta que no se han acompañado documentos acreditativos de la legitimación del solicitante y no resultar la legitimación alegada de las inscripciones obrantes de la hoja abierta a la sociedad en cuestión en el registro mercantil, en virtud de lo que disponen los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359.1 del Reglamento del Registro Mercantil. Asimismo, se instaba al interesado para que, en el plazo de 10 días hábiles a contar desde la fecha de recepción del oficio expresado, procediese a aportar al registro mercantil cualquier medio de prueba por escrito acreditativo de la titularidad de al menos el cinco por ciento del capital social de la mercantil «Ramafa Grup, S.L.U.» por parte de don ……. Lo anterior, bajo la prevención de que, de conformidad con el citado artículo 73 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común, el transcurso del plazo concedido sin realizar la subsanación requerida, motivaría que se le tuviese por desistido de la petición.

III

Con fecha 3 abril de 2019 tuvo entrada en el Registro Mercantil, remitido por correo certificado el día 1 del mismo mes y año –dentro del plazo concedido al efecto–, fotocopia de los siguientes documentos:

Nota informativa expedida por el Registro Mercantil de Barcelona en fecha 28 de marzo de 2011, relativa al contenido de las inscripciones 1.ª a 5.ª de las obrantes en la hoja abierta en el Registro a nombre de la sociedad «Ramafa Grup, S.L.U.».

Nota informativa expedida por el Registro Mercantil de Barcelona en fecha 28 de marzo de 2011, relativa al contenido de las inscripciones 1.ª a 4.ª de las obrantes en la hoja abierta en este Registro a nombre de la sociedad «Grupo Unimifer, S.L.», sociedad distinta de aquella para la que se solicita el nombramiento de auditor.

Oficio del Registro Mercantil de fecha 18 de marzo de 2019 dirigido a don …

IV

Traslada la solicitud y el resto de actuaciones del expediente a la mercantil «Ramafa Grup, S.L.U.» en fecha 9 de abril de 2019, la sociedad no ha formulado oposición dentro del plazo legalmente establecido.

V

El Registrador Mercantil de Barcelona VI, don José Antonio Rodríguez del Valle Iborra, dictó resolución en fecha 8 de mayo de 2019 por la que acordó no proceder al nombra-

miento de auditor solicitado, dado que no se ha acreditado dentro del procedimiento que el solicitante sea titular de más del 5 % de la sociedad «Ramafa Grup, S.L.U.», sino que lo que ha quedado acreditado es que el solicitante ostenta más del 5 % del capital social de «Grupo Unimifer, S.L.».

VI

Don ……, dirige escrito al registro mercantil de Barcelona en el que, tras referirse a los documentos en su día aportados y a que se ha hecho referencia en el antecedente de hecho III, expresa no entender el motivo por el que se le deniega esta auditoría, remitiéndose dicho escrito por el registro mercantil a esta Dirección General y considerándose el mismo como recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 8 de mayo de 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 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.

2. El objeto de este expediente se limita por tanto 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.

3. Así entendido, en el presente expediente el recurso planteado no puede prosperar por el motivo anteriormente alegado, esto es, no ha quedado acreditado en el expediente que el solicitante reúna en la sociedad para la que se solicita el nombramiento, «Ramafa Grup, S.L.U.» el 5 % mínimo legalmente exigible como uno de los requisitos para acceder a su pretensión.

En concreto, lo único que ha quedado acreditado es que el solicitante ostenta más del 5 % del capital social de «Grupo Unimifer, S.L.», a su vez socia única de la mercantil «Ramafa Grup, S.L.U.», de modo que, según resulta de la resolución registral y es criterio de este Centro Directivo, una posesión indirecta de participaciones sociales en otra empresa, que a su vez es socia de la entidad mercantil para la que se solicita la auditoría no puede ser tenida en cuenta en este procedimiento *(vid.* Resoluciones de 3 de enero de 2011, 23 de agosto de 2012 y 6 de septiembre de 2013, entre otras). Además, según resulta del expediente, de la hoja abierta a la mercantil en cuestión figura la misma como «Sociedad Unipersonal», en concreto, de la inscripción 4.ª de la hoja B212784, fotocopia de la cual obra en este procedimiento. Por todo ello, no se ha acreditado por el promotor del expediente el porcentaje mínimo necesario para ejercer el derecho a obtener el nombramiento de auditor.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Barcelona VI, don José Antonio Rodríguez del Valle Iborra, de fecha 8 de mayo de 2019, por la que acordó no proceder al nombramiento de auditor solicitado.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución 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 agosto de 2019 (6.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de Barcelona.

Resolución de 5 de agosto de 2019 (1.ª)

En el expediente 116/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Dial Solar Renewables, S.L.».

HECHOS

I

Don ……, en nombre y representación de doña …… en virtud de un poder notarial, presenta escrito de fecha 29 de marzo de 2019, dirigido al registro mercantil de A Coruña, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5 % del capital social de la mercantil «Dial Solar Renewables, S.L.» (titular del 51,00 % del mismo con carácter ganancial con su ex esposo don …… que a su vez es apoderado de la mercantil), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 2 de abril de 2019 en el domicilio social siendo recibido el día 4, formulando oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito de 10 de abril, presentado el día siguiente, alegando que «la insuficiencia del poder de representación para la designación de auditor. Se trata de un simple poder general para pleitos».

III

El Registrador Mercantil de A Coruña, don Juan Carlos González Nieto dictó resolución de fecha 22 de abril de 2019 por la que acordó que «la procedencia del nombramiento de auditor solicitado».

IV

Don ……, administrador único de la sociedad, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 22 de abril, alegando que es titular con carácter ganancial de tales participaciones, así como la insuficiencia del poder para pleitos aportado por el solicitante.

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 pri-

mero 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 postganancial con el previsto en el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital, relativo a la copropiedad de participaciones y acciones, dado que se trata de comunidades de bienes radicalmente distintas.

8. Posteriormente esta antigua doctrina fue objeto de revisión por no existir causa fundada para aplicar a la comunidad postganancial un régimen distinto del previsto por el ordenamiento para cualquier género de comunidad. Así lo expresa el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital con toda claridad: «La misma regla se aplicará a los demás supuestos de cotitularidad de derechos sobre participaciones o acciones». Así lo ha afirmado de forma reiterada esta Dirección en relación a otras comunidades de tipo germánico como la que surge al fallecimiento del socio titular entre los llamados a su herencia (resoluciones de 28 de julio y 3 de noviembre de 2014).

Consecuentemente cuando se ponga de manifiesto ante la sociedad el hecho de la disolución de la sociedad de gananciales de la que forma parte el socio titular y la consecuente existencia de una situación de cotitularidad postganancial, será de plena aplicación la previsión del artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital en cuanto exige «designar una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio» pues sólo así se agota el conjunto de intereses presentes en la comunidad (*vide* sentencia del Tribunal Supremo 50/2005 de 14 de febrero).

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

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

Así lo entiende la sentencia 45/2006 de 7 febrero, de la Audiencia Provincial de Murcia cuando afirma: «…como resultado, de todo lo expuesto, que en este nuevo régimen jurídico derivado de la disolución de la sociedad de gananciales, aquellos pactos iniciales referidos al reparto de la titularidad nominal

de las acciones, carecen de validez, y por tanto han de declararse nulos los acuerdos sociales adoptados conforme a los mismos en la Junta General de Socios celebrada el día 7 de mayo de 2005 por infracción de lo dispuesto en el artículo 35 LSRL relativo a las reglas de copropiedad de participaciones sociales» (en sentido similar la sentencia 393/2010, de 11 de marzo de la Audiencia Provincial de A Coruña).

9. Distinto es el supuesto en el que entre los cónyuges exista una contienda judicial pues en este caso, a falta de acuerdo, lo procedente es suspender el procedimiento de designación de auditor hasta que recaiga resolución judicial firme de la que resulte la titularidad de las acciones o participaciones.

Como ha reiterado esta Dirección (resoluciones de 22 de septiembre de 2012, 13 de mayo y 20 de diciembre de 2013 y 31 de enero, 5 de agosto, 1 de octubre y 10 de diciembre de 2014, entre las más recientes), procede la suspensión del procedimiento cuando se está discutiendo en vía judicial la legitimación del conjunto de acciones o participaciones en que se funde, como ocurre en los procedimientos judiciales de separación o divorcio en los que se discute su carácter ganancial o su liquidación o ambas cuestiones.

Constituye una excepción el supuesto en el que existe un pronunciamiento del juez que conoce del procedimiento sobre la persona que debe ejercitar los derechos inherentes a la condición de socio (*vide* resoluciones de 31 de marzo y 23 de abril de 2014), pues con independencia de a quien se atribuyan finalmente la totalidad o parte de las acciones o participaciones en liquidación se ha adoptado una medida aplicable a la situación interina que debe ser respetada tanto por la sociedad como por el Registrador Mercantil (*vide* sentencia 541/2010 de 9 diciembre, de la audiencia Provincial de La Coruña en un supuesto de comunidad hereditaria).

10. De los hechos expuestos al principio de la presente resulta que las participaciones que ostenta el socio tienen carácter ganancial, así como que la sociedad de gananciales se encuentra en proceso de disolución en un proceso judicial de divorcio contencioso y, en lo que respecta a las citadas participaciones, sin liquidar.

De conformidad con la doctrina expuesta en los considerandos anteriores procedería la desestimación del recurso por falta de legitimación de la solicitante al estar ante el supuesto del artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital y no resultar del expediente la designación de un representante frente a la sociedad. Ahora bien, la concreta situación fáctica hace preciso que, de conformidad con la doctrina expresada en la sentencia de la Audiencia Provincial de la Coruña de fecha 11 de marzo de 2010 (sentencia núm. 111/2010, sección cuarta, dictada contra resolución de esta Dirección General), sea forzoso reconocer que de actuar así se estaría dejando en situación de profunda desigualdad a las partes interesadas en la sociedad. Ciertamente el sentido del artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital protege a la sociedad frente a situaciones de comunidad obligando a que los comuneros actúen como si existiese un único interés frente a la sociedad. Cuando, en supuestos como el

presente, existe una situación de hecho que la sociedad no puede ignorar ni ignora y en la que, además, existe una situación de igualdad de cuotas que imposibilita un acuerdo sobre designación de representante, es evidente que la solución no puede ser sin más la aplicación del precepto que, reiteramos, plantea un supuesto de hecho distinto resultando evidente que la solución al conflicto no puede dejar en desamparo a quien ostenta el mismo interés protegible. De forma expresiva lo afirma la sentencia citada: «Por este conjunto de argumentos reputamos que la oposición de la sociedad, que toleró una situación de conocimiento de la falta de designación de representante, no le legitima para impedir el nombramiento de auditor. Es más en caso de conflicto entre los comuneros sobre cuál de ellos ostentaría la representación o discrepancias sobre un acto de administración, cabría, al ser ambos cotitulares por partes iguales, una decisión judicial al respecto por la vía del art. 398 III del CC, y, en el supuesto litigiosos analizado, no vemos en definitiva argumentos susceptibles de ser acogidos para considerar ilegítima la actuación del Registro Mercantil, hallándose justificada la pretensión de la apelada de estar informada de la situación patrimonial real de las sociedades de cuyas acciones y participaciones sociales es condueña, resultando difícilmente justificado que el otro cotitular de tales títulos valores tenga privilegiada información al respecto, dados los cargos sociales que ostenta, y que la demandada carezca de medios legales para obtenerla. El art. 7 del Código Civil también tiene algo que decir al respecto.»

Por tanto, el primer motivo de recurso no puede ser estimado.

11. En segundo lugar, niega la legitimidad del representante de la solicitante al indicar que carece de facultades suficientes para instar el presente expediente. Dicho motivo tampoco puede ser estimado ya que del simple análisis de la copia del poder aportado al expediente otorgado el 9 de abril de 2014 ante don José Manuel Lois Puente, Notario de A Coruña, resulta que la representada atribuye las siguientes facultades «comparecer ante... cualquier otra autoridad…Centro, Notaría, Registro Público… para instar, seguir y terminar…toda clase de expediente.» Por tanto, de la simple lectura de las facultades atribuidas resulta con meridiana claridad la suficiencia de las mismas.

El expediente registral a través del que se da respuesta a la solicitud prevista en el apartado 2.º del artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital aparece desarrollado en Título III del Reglamento del Registro Mercantil destinado a regular «otras funciones del Registro», funciones distintas de las relativas a la inscripción de los empresarios y sus actos. Si ésta aparece presidida por la función calificadora como control de legalidad que en aras del interés público a que responde la publicidad registral es llevado a cabo por el registrador de forma unilateral y objetiva, ajena a la idea de contienda u oposición de intereses entre partes, en los expedientes sobre nombramiento de auditores a que se refiere el tan repetido artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital existe un foro de contraposición de intereses que ha de resolver el registrador como órgano de la Administración (resolución de 15 de julio de 2005). De

este modo, la decisión del Registrador Mercantil declarando la procedencia del nombramiento solicitado por la minoría no tiene el carácter de calificación registral, sino que es un acuerdo adoptado por quien en este procedimiento regulado en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil es la autoridad pública competente para resolver la solicitud (resoluciones de 13 de enero de 2011 y 10 de julio de 2013). En definitiva, y como ha mantenido reiteradamente esta Dirección General, la actuación del registrador viene amparada por la atribución competencial que lleva a cabo el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital y que desarrolla el Reglamento del Registro Mercantil para resolver, en el ámbito del procedimiento especial por razón de la materia jurídico privada que el mismo regula, la pretensión del socio minoritario sin perjuicio de la revisión jurisdiccional del acto administrativo que del procedimiento resulte.

La instrucción del expediente que nos ocupa se debe llevar a cabo por las normas contenidas en el Reglamento del Registro Mercantil al respecto y, en lo que en ellas no se contemple, por las normas generales del procedimiento administrativo (Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).

Consecuentemente, resultando indiscutible el carácter administrativo del procedimiento seguido en este expediente y que el actuante ostenta facultades para actuar en nombre y representación de su principal ante cualquier Administración pública y en el ámbito de cualquier procedimiento, no procede sino la desestimación de este motivo de recurso.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de A Coruña I, don Juan Carlos González Nieto, de fecha 22 de abril de 2019, 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, 5 de agosto de 2019 (1.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de A Coruña.

Resolución de 5 de agosto de 2019 (2.ª)

En el expediente 117/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Dial Manufacturing, S.L.».

HECHOS

I

Don ……, en nombre y representación de doña …… en virtud de un poder notarial, presenta escrito de fecha 29 de marzo de 2019, dirigido al registro mercantil de A Coruña, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5 % del capital social de la mercantil «Dial Manufacturing, S.L.» (titular del 51,00 % del mismo con carácter ganancial con su ex esposo don …… que a su vez es apoderado de la mercantil), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 2 de abril de 2019 en el domicilio social siendo recibido el día 4, formulando oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito de 10 de abril, presentado el día siguiente, alegando que «la insuficiencia del poder de representación para la designación de auditor. Se trata de un simple poder general para pleitos».

III

El Registrador Mercantil de A Coruña, don Juan Carlos González Nieto dictó resolución de fecha 22 de abril de 2019 por la que acordó que «la procedencia del nombramiento de auditor solicitado».

IV

Don ……, administrador único de la sociedad, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 22 de abril, alegando que es titular con carácter ganancial de tales participaciones, así como la insuficiencia del poder para pleitos aportado por el solicitante.

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 postganancial con el previsto en el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital,

relativo a la copropiedad de participaciones y acciones, dado que se trata de comunidades de bienes radicalmente distintas.

8. Posteriormente esta antigua doctrina fue objeto de revisión por no existir causa fundada para aplicar a la comunidad postganancial un régimen distinto del previsto por el ordenamiento para cualquier género de comunidad. Así lo expresa el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital con toda claridad: «La misma regla se aplicará a los demás supuestos de cotitularidad de derechos sobre participaciones o acciones». Así lo ha afirmado de forma reiterada esta Dirección en relación a otras comunidades de tipo germánico como la que surge al fallecimiento del socio titular entre los llamados a su herencia (resoluciones de 28 de julio y 3 de noviembre de 2014).

Consecuentemente cuando se ponga de manifiesto ante la sociedad el hecho de la disolución de la sociedad de gananciales de la que forma parte el socio titular y la consecuente existencia de una situación de cotitularidad postganancial, será de plena aplicación la previsión del artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital en cuanto exige «designar una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio» pues sólo así se agota el conjunto de intereses presentes en la comunidad (*vide* sentencia del Tribunal Supremo 50/2005 de 14 de febrero).

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

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

Así lo entiende la sentencia 45/2006 de 7 febrero, de la Audiencia Provincial de Murcia cuando afirma: «…como resultado, de todo lo expuesto, que en este nuevo régimen jurídico derivado de la disolución de la sociedad de gananciales, aquellos pactos iniciales referidos al reparto de la titularidad nominal de las acciones, carecen de validez, y por tanto han de declararse nulos los acuerdos sociales adoptados conforme a los mismos en la Junta General de Socios celebrada el día 7 de mayo de 2005 por infracción de lo dispuesto en el artículo 35 LSRL relativo a las reglas de copropiedad de participaciones sociales» (en sentido similar la sentencia 393/2010, de 11 de marzo de la Audiencia Provincial de A Coruña).

9. Distinto es el supuesto en el que entre los cónyuges exista una contienda judicial pues en este caso, a falta de acuerdo, lo procedente es suspen-

der el procedimiento de designación de auditor hasta que recaiga resolución judicial firme de la que resulte la titularidad de las acciones o participaciones.

Como ha reiterado esta Dirección (resoluciones de 22 de septiembre de 2012, 13 de mayo y 20 de diciembre de 2013 y 31 de enero, 5 de agosto, 1 de octubre y 10 de diciembre de 2014, entre las más recientes), procede la suspensión del procedimiento cuando se está discutiendo en vía judicial la legitimación del conjunto de acciones o participaciones en que se funde, como ocurre en los procedimientos judiciales de separación o divorcio en los que se discute su carácter ganancial o su liquidación o ambas cuestiones.

Constituye una excepción el supuesto en el que existe un pronunciamiento del juez que conoce del procedimiento sobre la persona que debe ejercitar los derechos inherentes a la condición de socio (*vide* resoluciones de 31 de marzo y 23 de abril de 2014), pues con independencia de a quien se atribuyan finalmente la totalidad o parte de las acciones o participaciones en liquidación se ha adoptado una medida aplicable a la situación interina que debe ser respetada tanto por la sociedad como por el Registrador Mercantil (*vide* sentencia 541/2010 de 9 diciembre, de la audiencia Provincial de La Coruña en un supuesto de comunidad hereditaria).

10. De los hechos expuestos al principio de la presente resulta que las participaciones que ostenta el socio tienen carácter ganancial, así como que la sociedad de gananciales se encuentra en proceso de disolución en un proceso judicial de divorcio contencioso y, en lo que respecta a las citadas participaciones, sin liquidar.

De conformidad con la doctrina expuesta en los considerandos anteriores procedería la desestimación del recurso por falta de legitimación de la solicitante al estar ante el supuesto del artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital y no resultar del expediente la designación de un representante frente a la sociedad. Ahora bien, la concreta situación fáctica hace preciso que, de conformidad con la doctrina expresada en la sentencia de la Audiencia Provincial de la Coruña de fecha 11 de marzo de 2010 (sentencia núm. 111/2010, sección cuarta, dictada contra resolución de esta Dirección General), sea forzoso reconocer que de actuar así se estaría dejando en situación de profunda desigualdad a las partes interesadas en la sociedad. Ciertamente el sentido del artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital protege a la sociedad frente a situaciones de comunidad obligando a que los comuneros actúen como si existiese un único interés frente a la sociedad. Cuando, en supuestos como el presente, existe una 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 situa-

ción de conocimiento de la falta de designación de representante, no le legitima para impedir el nombramiento de auditor. Es más en caso de conflicto entre los comuneros sobre cuál de ellos ostentaría la representación o discrepancias sobre un acto de administración, cabría, al ser ambos cotitulares por partes iguales, una decisión judicial al respecto por la vía del art. 398 III del CC, y, en el supuesto litigiosos analizado, no vemos en definitiva argumentos susceptibles de ser acogidos para considerar ilegítima la actuación del Registro Mercantil, hallándose justificada la pretensión de la apelada de estar informada de la situación patrimonial real de las sociedades de cuyas acciones y participaciones sociales es condueña, resultando difícilmente justificado que el otro cotitular de tales títulos valores tenga privilegiada información al respecto, dados los cargos sociales que ostenta, y que la demandada carezca de medios legales para obtenerla. El art. 7 del Código Civil también tiene algo que decir al respecto.»

Por tanto, el primer motivo de recurso no puede ser estimado.

11. En segundo lugar, niega la legitimidad del representante de la solicitante al indicar que carece de facultades suficientes para instar el presente expediente. Dicho motivo tampoco puede ser estimado ya que del simple análisis de la copia del poder aportado al expediente otorgado el 9 de abril de 2014 ante don José Manuel Lois Puente, Notario de A Coruña, resulta que la representada atribuye las siguientes facultades «comparecer ante... cualquier otra autoridad…Centro, Notaría, Registro Público… para instar, seguir y terminar…toda clase de expediente.» Por tanto, de la simple lectura de las facultades atribuidas resulta con meridiana claridad la suficiencia de las mismas.

El expediente registral a través del que se da respuesta a la solicitud prevista en el apartado 2.º del artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital aparece desarrollado en Título III del Reglamento del Registro Mercantil destinado a regular «otras funciones del Registro», funciones distintas de las relativas a la inscripción de los empresarios y sus actos. Si ésta aparece presidida por la función calificadora como control de legalidad que en aras del interés público a que responde la publicidad registral es llevado a cabo por el registrador de forma unilateral y objetiva, ajena a la idea de contienda u oposición de intereses entre partes, en los expedientes sobre nombramiento de auditores a que se refiere el tan repetido artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital existe un foro de contraposición de intereses que ha de resolver el registrador como órgano de la Administración (resolución de 15 de julio de 2005). De este modo, la decisión del Registrador Mercantil declarando la procedencia del nombramiento solicitado por la minoría no tiene el carácter de calificación registral, sino que es un acuerdo adoptado por quien en este procedimiento regulado en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil es la autoridad pública competente para resolver la solicitud (resoluciones de 13 de enero de 2011 y 10 de julio de 2013). En definitiva, y como ha mantenido reiteradamente esta Dirección General, la actuación del registrador viene amparada por la atribución competencial que lleva a cabo el artículo 265

de la Ley de Sociedades de Capital y que desarrolla el Reglamento del Registro Mercantil para resolver, en el ámbito del procedimiento especial por razón de la materia jurídico privada que el mismo regula, la pretensión del socio minoritario sin perjuicio de la revisión jurisdiccional del acto administrativo que del procedimiento resulte.

La instrucción del expediente que nos ocupa se debe llevar a cabo por las normas contenidas en el Reglamento del Registro Mercantil al respecto y, en lo que en ellas no se contemple, por las normas generales del procedimiento administrativo (Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).

Consecuentemente, resultando indiscutible el carácter administrativo del procedimiento seguido en este expediente y que el actuante ostenta facultades para actuar en nombre y representación de su principal ante cualquier Administración pública y en el ámbito de cualquier procedimiento, no procede sino la desestimación de este motivo de recurso.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de A Coruña I, don Juan Carlos González Nieto, de fecha 22 de abril de 2019, 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, 5 de agosto de 2019 (2.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de A Coruña.

Resolución de 5 de agosto de 2019 (3.ª)

En el expediente 118/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Dial Ingenieros, S.L.».

HECHOS

I

Don ……, en nombre y representación de doña …… en virtud de un poder notarial, presenta escrito de fecha 29 de marzo de 2019, dirigido al registro mercantil de A Coruña, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5 % del capital social de la mercantil de «Dial Ingenieros, S.L.» (titular del 100,00 % del mismo con carácter ganancial con su ex esposo don …… que a su vez es administrador único de la mercantil), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 2 de abril de 2019 en el domicilio social siendo recibido el día 4, formulando oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito de 10 de abril, presentado el día siguiente, alegando que «la insuficiencia del poder de representación para la designación de auditor. Se trata de un simple poder general para pleitos».

III

El Registrador Mercantil de A Coruña I, don Juan Carlos González Nieto dictó resolución de fecha 22 de abril de 2019 por la que acordó que «la procedencia del nombramiento de auditor solicitado».

IV

Don ……, administrador único de la sociedad, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 22 de abril, alegando que es titular con carácter ganancial de tales participaciones, así como la insuficiencia del poder para pleitos aportado por el solicitante.

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 artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital es la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la estructura empresarial, para lo cual dicho artículo reconoce y regula el derecho a la verificación de la contabilidad social por un profesional independiente nombrado por el Registrador Mercantil a instancia de los socios que reúnan un mínimo de participaciones sociales o acciones equivalentes al 5 % del capital social y siempre que presenten su solicitud en los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social.

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

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

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

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 deter-

minada 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 postganancial con el previsto en el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital, relativo a la copropiedad de participaciones y acciones, dado que se trata de comunidades de bienes radicalmente distintas.

8. Posteriormente esta antigua doctrina fue objeto de revisión por no existir causa fundada para aplicar a la comunidad postganancial un régimen distinto del previsto por el ordenamiento para cualquier género de comunidad. Así lo expresa el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital con toda claridad: «La misma regla se aplicará a los demás supuestos de cotitularidad de derechos sobre participaciones o acciones». Así lo ha afirmado de forma reiterada esta Dirección en relación a otras comunidades de tipo germánico

como la que surge al fallecimiento del socio titular entre los llamados a su herencia (resoluciones de 28 de julio y 3 de noviembre de 2014).

Consecuentemente cuando se ponga de manifiesto ante la sociedad el hecho de la disolución de la sociedad de gananciales de la que forma parte el socio titular y la consecuente existencia de una situación de cotitularidad postganancial, será de plena aplicación la previsión del artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital en cuanto exige «designar una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio» pues sólo así se agota el conjunto de intereses presentes en la comunidad (*vide* sentencia del Tribunal Supremo 50/2005 de 14 de febrero).

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

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

Así lo entiende la sentencia 45/2006 de 7 febrero, de la Audiencia Provincial de Murcia cuando afirma: «…como resultado, de todo lo expuesto, que en este nuevo régimen jurídico derivado de la disolución de la sociedad de gananciales, aquellos pactos iniciales referidos al reparto de la titularidad nominal de las acciones, carecen de validez, y por tanto han de declararse nulos los acuerdos sociales adoptados conforme a los mismos en la Junta General de Socios celebrada el día 7 de mayo de 2005 por infracción de lo dispuesto en el artículo 35 LSRL relativo a las reglas de copropiedad de participaciones sociales» (en sentido similar la sentencia 393/2010, de 11 de marzo de la Audiencia Provincial de A Coruña).

9. Distinto es el supuesto en el que entre los cónyuges exista una contienda judicial pues en este caso, a falta de acuerdo, lo procedente es suspender el procedimiento de designación de auditor hasta que recaiga resolución judicial firme de la que resulte la titularidad de las acciones o participaciones.

Como ha reiterado esta Dirección (resoluciones de 22 de septiembre de 2012, 13 de mayo y 20 de diciembre de 2013 y 31 de enero, 5 de agosto, 1 de octubre y 10 de diciembre de 2014, entre las más recientes), procede la suspensión del procedimiento cuando se está discutiendo en vía judicial la legitimación del conjunto de acciones o participaciones en que se funde, como ocurre en los procedimientos judiciales de separación o divorcio en los que se discute su carácter ganancial o su liquidación o ambas cuestiones.

Constituye una excepción el supuesto en el que existe un pronunciamiento del juez que conoce del procedimiento sobre la persona que debe ejercitar los derechos inherentes a la condición de socio (*vide* resoluciones de 31 de marzo y 23 de abril de 2014), pues con independencia de a quien se atribuyan finalmente la totalidad o parte de las acciones o participaciones en liquidación se ha adoptado una medida aplicable a la situación interina que debe ser respetada tanto por la sociedad como por el Registrador Mercantil (*vide* sentencia 541/2010 de 9 diciembre, de la audiencia Provincial de La Coruña en un supuesto de comunidad hereditaria).

10. De los hechos expuestos al principio de la presente resulta que las participaciones que ostenta el socio tienen carácter ganancial, así como que la sociedad de gananciales se encuentra en proceso de disolución en un proceso judicial de divorcio contencioso y, en lo que respecta a las citadas participaciones, sin liquidar.

De conformidad con la doctrina expuesta en los considerandos anteriores procedería la desestimación del recurso por falta de legitimación de la solicitante al estar ante el supuesto del artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital y no resultar del expediente la designación de un representante frente a la sociedad. Ahora bien, la concreta situación fáctica hace preciso que, de conformidad con la doctrina expresada en la sentencia de la Audiencia Provincial de la Coruña de fecha 11 de marzo de 2010 (sentencia núm. 111/2010, sección cuarta, dictada contra resolución de esta Dirección General), sea forzoso reconocer que de actuar así se estaría dejando en situación de profunda desigualdad a las partes interesadas en la sociedad. Ciertamente el sentido del artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital protege a la sociedad frente a situaciones de comunidad obligando a que los comuneros actúen como si existiese un único interés frente a la sociedad. Cuando, en supuestos como el presente, existe una 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 artículo 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 primer motivo de recurso no puede ser estimado.

11. En segundo lugar, niega la legitimidad del representante de la solicitante al indicar que carece de facultades suficientes para instar el presente expediente. Dicho motivo tampoco puede ser estimado ya que del simple análisis de la copia del poder aportado al expediente otorgado el 9 de abril de 2014 ante don José Manuel Lois Puente, Notario de A Coruña, resulta que la representada atribuye las siguientes facultades «comparecer ante... cualquier otra autoridad…, Centro, Notaría, Registro Público… para instar, seguir y terminar…toda clase de expediente.» Por tanto, de la simple lectura de las facultades atribuidas resulta con meridiana claridad la suficiencia de las mismas.

El expediente registral a través del que se da respuesta a la solicitud prevista en el apartado 2.º del artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital aparece desarrollado en Título III del Reglamento del Registro Mercantil destinado a regular «otras funciones del Registro», funciones distintas de las relativas a la inscripción de los empresarios y sus actos. Si ésta aparece presidida por la función calificadora como control de legalidad que en aras del interés público a que responde la publicidad registral es llevado a cabo por el registrador de forma unilateral y objetiva, ajena a la idea de contienda u oposición de intereses entre partes, en los expedientes sobre nombramiento de auditores a que se refiere el tan repetido artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital existe un foro de contraposición de intereses que ha de resolver el registrador como órgano de la Administración (resolución de 15 de julio de 2005). De este modo, la decisión del Registrador Mercantil declarando la procedencia del nombramiento solicitado por la minoría no tiene el carácter de calificación registral, sino que es un acuerdo adoptado por quien en este procedimiento regulado en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil es la autoridad pública competente para resolver la solicitud (resoluciones de 13 de enero de 2011 y 10 de julio de 2013). En definitiva, y como ha mantenido reiteradamente esta Dirección General, la actuación del registrador viene amparada por la atribución competencial que lleva a cabo el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital y que desarrolla el Reglamento del Registro Mercantil para resolver, en el ámbito del procedimiento especial por razón de la materia jurídico privada que el mismo regula, la pretensión del socio minoritario sin perjuicio de la revisión jurisdiccional del acto administrativo que del procedimiento resulte.

La instrucción del expediente que nos ocupa se debe llevar a cabo por las normas contenidas en el Reglamento del Registro Mercantil al respecto y, en lo que en ellas no se contemple, por las normas generales del procedimiento

administrativo (Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).

Consecuentemente, resultando indiscutible el carácter administrativo del procedimiento seguido en este expediente y que el actuante ostenta facultades para actuar en nombre y representación de su principal ante cualquier Administración pública y en el ámbito de cualquier procedimiento, no procede sino la desestimación de este motivo de recurso.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de A Coruña, don Juan Carlos González Nieto, de fecha 22 de abril de 2019, 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, 5 de agosto de 2019 (3.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de A Coruña.

Resolución de 5 de agosto de 2019 (4.ª)

En el expediente 112/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Gescon Ecorpo, S.L.».

HECHOS

I

Don …… en nombre y representación de la mercantil «Guibert Ark, S.L.P.» en su condición de administrador único, presentó un escrito de fecha 28 de marzo de 2019 dirigido al Registro Mercantil de Gipuzkoa, 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 Regla-

mento del Registro Mercantil y como titular de más del 5 % del capital social de «Gescon Ecorpo, S.L.», en concertó, del 80 %, el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio mediante escrito de fecha 10 de mayo de 2019 suscrito por don …… alegando que «en dicha solicitud no consta la causa de la solicitud, por lo que esta pretensión debe ser rechazada por incumplir los requisitos de la solicitud misma».

III

El Registrador Mercantil de Gipuzkoa, don Fernando Canals Brage, dictó resolución en fecha 30 de mayo de 2010 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Mediante escrito suscrito por el administrador único de la mercantil sin indicar siquiera sus datos identificativos, de fecha 14 de junio de 2018, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Gipuzkoa, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando la falta de expresión de causa en el escrito de solicitud, así como el hecho de que las cuentas han sido ya aprobadas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. No puede estimarse el recurso interpuesto por cuanto el motivo alegado por la sociedad de la inexpresión de causa, así como el hecho de que las cuentas han sido aprobadas puede imponerse al derecho individual del socio a que las cuentas del ejercicio sean objeto de auditoría.

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

dos a acudir a los Tribunales de Justicia en defensa de su posición jurídica (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010 y 11 de marzo de 2014, entre otras).

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

3. En el expediente que da lugar a la presente la sociedad plantea la posible inexpresión de una justa causa que ampare la solicitud. En este sentido, por lo que se refiere a la concurrencia de causas distintas de las expresadas en la instancia de solicitud, o incluso la inexpresión de dicha causa o la ausencia de una justificación no puede enervar el derecho del socio minoritario. Es constante doctrina de este Centro que, a diferencia de las solicitudes de nombramiento registral de auditor para las sociedades obligadas por ley a la verificación contable y fundadas en el artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital, en aquellas otras, exentas de esta obligación, la causa de la petición es siempre y típicamente la misma: la inexistencia de una auditoría previa. Dicha circunstancia determina la existencia de un interés protegible que se reconoce a los socios minoritarios y la consecuente atribución del derecho a solicitar que se lleve a cabo la verificación. Por ello, el artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil que articula el procedimiento para la tramitación de las solicitudes fundadas en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, no exige su expresión, de alcance puramente formal, pues, como ya se ha indicado, la inexpresión de la causa de la petición o su expresión inadecuada es intrascendente en este procedimiento de nombramiento registral de auditor a instancia de los socios minoritarios de entidades mercantiles (en este sentido pueden verse las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 12 y 23 de julio, 7 de octubre de 2010 y 11 y 31 de marzo de 2014 entre otras).

Directamente relacionado con lo anterior, el interés del socio que reclama el nombramiento de auditor no es ni puede ser objeto de valoración en el estrecho ámbito de este expediente. Como es doctrina reiterada (*vide* resoluciones de 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010, entre otras), el objeto de este procedimiento se limita a determinar si concurren o no los requisitos legales para la procedencia de nombramiento de auditor a instancia de la minoría sin que dentro de su estrecho cauce pueda pretenderse el conocimiento de otras materias reservadas a otras Administraciones o a los Tribunales de Justicia (arts. 354.3 y 359 del Reglamento del Registro Mercantil). Si la

parte recurrente plantea cuestiones que tienen por objeto la valoración de la conducta del solicitante debe actuar en la instancia que en cada caso sea competente sin que puedan impedir que el socio ejercite debidamente el derecho que le reconoce el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. Consecuentemente, y por disposición expresa de la Ley, si concurren los requisitos legalmente establecidos prevalece el derecho del socio minoritario, aunque su ejercicio suponga para la sociedad un coste económico como resulta claramente del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

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

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

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

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

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

Inscrito el nombramiento de auditor voluntario el depósito de las cuentas sólo puede llevarse a cabo si vienen acompañadas del oportuno informe de verificación. Así lo ha sancionado expresamente la modificación del artículo 279 de la Ley de Sociedades de Capital (que entró en vigor el día 1 de enero de 2016; disposiciones finales cuarta y decimocuarta de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas), cuando dice en su inciso final: «Los administradores presentarán también, el informe de gestión, si fuera obligatorio, y el informe del auditor, cuando la sociedad esté obligada a auditoría por una disposición legal o ésta se hubiera acordado a petición de la minoría o de forma voluntaria y se hubiese inscrito el nombramiento de auditor en el Registro Mercantil.»

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

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Gipuzkoa, don Fernando Canals Brague, de fecha 14 de junio 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, 5 de agosto de 2019 (4.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de Gipuzkoa.

Resolución de 5 de agosto de 2019 (5.ª)

En el expediente 113/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Koeem Inversiones, S.L.».

HECHOS

I

Don ……, en nombre y representación de la mercantil «Guibert Ark, S.L.P.»en su condición de administrador único, presentó un escrito de fecha 28 de marzo de 2019 dirigido al Registro Mercantil de Gipuzkoa, 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 «Koeem Inversiones, S.L.», en concreto, del 20 %, el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio mediante escrito de fecha 9 de mayo de 2019 suscrito por …… alegando que «en dicha solicitud no consta la causa de la solicitud, por lo que esta pretensión debe ser rechazada por incumplir los requisitos de la solicitud misma».

III

El Registrador Mercantil de Gipuzkoa, don Fernando Canals Brage, dictó resolución en fecha 30 de mayo de 2010 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Mediante escrito suscrito por el administrador único de la mercantil sin indicar siquiera sus datos identificativos, de fecha 14 de junio de 2018, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Gipuzkoa, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando la falta de expresión de causa en el escrito de solicitud, así como el hecho de que las cuentas han sido ya aprobadas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. No puede estimarse el recurso interpuesto por cuanto el motivo alegado por la sociedad de la inexpresión de causa, así como el hecho de que las cuentas han sido aprobadas puede imponerse al derecho individual del socio a que las cuentas del ejercicio sean objeto de auditoría.

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

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

3. En el expediente que da lugar a la presente la sociedad plantea la posible inexpresión de una justa causa que ampare la solicitud. En este sentido, por lo que se refiere a la concurrencia de causas distintas de las expresadas en la instancia de solicitud, o incluso la inexpresión de dicha causa o la ausencia

de una justificación no puede enervar el derecho del socio minoritario. Es constante doctrina de este Centro que, a diferencia de las solicitudes de nombramiento registral de auditor para las sociedades obligadas por ley a la verificación contable y fundadas en el artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital, en aquellas otras, exentas de esta obligación, la causa de la petición es siempre y típicamente la misma: la inexistencia de una auditoría previa. Dicha circunstancia determina la existencia de un interés protegible que se reconoce a los socios minoritarios y la consecuente atribución del derecho a solicitar que se lleve a cabo la verificación. Por ello, el artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil que articula el procedimiento para la tramitación de las solicitudes fundadas en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, no exige su expresión, de alcance puramente formal, pues, como ya se ha indicado, la inexpresión de la causa de la petición o su expresión inadecuada es intrascendente en este procedimiento de nombramiento registral de auditor a instancia de los socios minoritarios de entidades mercantiles (en este sentido pueden verse las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 12 y 23 de julio, 7 de octubre de 2010 y 11 y 31 de marzo de 2014 entre otras).

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

4. En segundo lugar, se plantea como motivo de recurso el hecho de «que las cuentas ya se aprobaron sin oposición». Por tanto, 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.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Gipuzkoa, don Fernando Canals Brague, de fecha 14 de junio 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, 5 de agosto de 2019 (5.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de Gipuzkoa.

Resolución de 5 de agosto de 2019 (6.ª)

En el expediente 114/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Made in Donosti, S.L.».

HECHOS

I

Don ……, en nombre y representación de la mercantil «Giobert Ark, S.L.P.» en su condición de administrador único, presentó escrito de fecha 28 de marzo de 2019 dirigido al Registro Mercantil de Gipuzkoa, 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 «Made in Donosti, S.L.», en concreto del 63,27 %, el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio mediante escrito de fecha 10 de mayo de 2019 suscrito por don …… alegando que «en dicha solicitud no consta la causa de la solicitud, por lo que esta pretensión debe ser rechazada por incumplir los requisitos de la solicitud misma».

III

El Registrador Mercantil de Gipuzkoa, don Fernando Canal Brage, dictó resolución de fecha 30 de mayo de 2010 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Mediante escrito suscrito por el administrador único de la mercantil sin indicar siquiera sus datos identificativos, de fecha 14 de junio de 2018, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Gipuzkoa, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando la falta de expresión de causa en el escrito de solicitud, así como el hecho de que las cuentas han sido ya aprobadas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. No puede estimarse el recurso interpuesto por cuanto el motivo alegado por la sociedad de inexpresión de causa, así como el hecho de que las

cuentas han sido aprobadas puede imponerse al derecho individual del socio a que las cuentas del ejercicio sean objeto de auditoría.

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

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

3. En el expediente que da lugar a la presente la sociedad plantea la posible inexpresión de una justa causa que ampare la solicitud. En este sentido, por lo que se refiere a la concurrencia de causas distintas de las expresadas en la instancia de solicitud, o incluso la inexpresión de dicha causa o la ausencia de una justificación no puede enervar el derecho del socio minoritario. Es constante doctrina de este Centro que, a diferencia de las solicitudes de nombramiento registral de auditor para las sociedades obligadas por ley a la verificación contable y fundadas en el artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital, en aquellas otras, exentas de esta obligación, la causa de la petición es siempre y típicamente la misma: la inexistencia de una auditoría previa. Dicha circunstancia determina la existencia de un interés protegible que se reconoce a los socios minoritarios y la consecuente atribución del derecho a solicitar que se lleve a cabo la verificación. Por ello, el artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil que articula el procedimiento para la tramitación de las solicitudes fundadas en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, no exige su expresión, de alcance puramente formal, pues, como ya se ha indicado, la inexpresión de la causa de la petición o su expresión inadecuada es intrascendente en este procedimiento de nombramiento registral de auditor a instancia de los socios minoritarios de entidades mercantiles (en este sentido pueden verse las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 12 y 23 de julio, 7 de octubre de 2010 y 11 y 31 de marzo de 2014 entre otras).

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

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

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

Este criterio ha sido sancionado por la doctrina del Tribunal Supremo que en su sentencia de 9 de marzo de 2007, con cita de la doctrina de este Centro

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

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

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.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Gipuzkoa, don Fernando Canals Brague, de fecha 14 de junio 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, 5 de agosto de 2019 (6.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de Gipuzkoa

---

Resolución de 5 de agosto de 2019 (7.ª)

En el expediente 115/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Ecorpo Gestión de Servicios, S.L.».

HECHOS

I

Don ……, en nombre y representación de la mercantil «Guibert Ark, S.L.P., en su condición de administrador único, presentó un escrito de fecha 28 de marzo de 2019 dirigido al Registro Mercantil de Gipuzkoa, 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 «Ecorpo Gestión de Servicios, S.L.», en concreto del 9,62 %, el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio mediante escrito de fecha 10 de mayo de 2019 alegando que «en dicha solicitud no consta la causa de la solicitud, por lo que esta pretensión debe ser rechazada por incumplir los requisitos de la solicitud misma».

III

El Registrador Mercantil de Gipuzkoa, don Fernando Canals Brage, dictó resolución de fecha 30 de mayo de 2010 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Mediante escrito suscrito por el administrador único de la mercantil sin indicar siquiera sus datos identificativos, de fecha 14 de junio de 2018, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Gipuzkoa, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando la falta de expresión de causa en el escrito de solicitud, así como el hecho de que las cuentas han sido ya aprobadas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. No puede estimarse el recurso interpuesto por cuanto el motivo alegado por la sociedad de inexpresión de causa, así como el hecho de que las cuentas han sido aprobadas, no puede imponerse al derecho individual del socio a que las cuentas del ejercicio sean objeto de auditoría.

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

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

3. En el expediente que da lugar a la presente la sociedad plantea la posible inexpresión de una justa causa que ampare la solicitud. En este sentido, por lo que se refiere a la concurrencia de causas distintas de las expresadas en la instancia de solicitud, o incluso la inexpresión de dicha causa o la ausencia de una justificación no puede enervar el derecho del socio minoritario. Es constante doctrina de este Centro que, a diferencia de las solicitudes de nombramiento registral de auditor para las sociedades obligadas por ley a la verificación contable y fundadas en el artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital, en aquellas otras, exentas de esta obligación, la causa de la petición es siempre y típicamente la misma: la inexistencia de una auditoría previa. Dicha circunstancia determina la existencia de un interés protegible que se reconoce a los socios minoritarios y la consecuente atribución del derecho a solicitar que se lleve a cabo la verificación. Por ello, el artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil que articula el procedimiento para la tramitación de las solicitudes fundadas en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, no exige su expresión, de alcance puramente formal, pues, como ya se ha indicado, la inexpresión de la causa de la petición o su expresión inadecuada es intrascendente en este procedimiento de nombramiento registral de auditor a instancia de los socios minoritarios de entidades mercantiles (en este sentido pueden verse las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 12 y 23 de julio, 7 de octubre de 2010 y 11 y 31 de marzo de 2014 entre otras).

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

dades 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 segundo lugar, se plantea como motivo de recurso el hecho de «que las cuentas ya se aprobaron sin oposición». Por tanto, 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.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Gipuzkoa, don Fernando Canals Brague, de fecha 14 de junio 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, 5 de agosto de 2019 (7.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de Gipuzkoa.

Resolución de 7 de agosto de 2019 (1.ª)

En el expediente 83/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Inmobiliaria Udels, S.L.».

HECHOS

I

Doña …… presentó escrito de fecha 2 de enero de 2019 dirigido al Registro Mercantil de Málaga, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, y como titular de más del 5 % del capital social de la mercantil «Inmobiliaria Udels, S.L.» (titular del 20 % del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 9 de enero de 2019 en el domicilio social siendo recibido el día 11 del mismo mes.

III

Don ……, administrador único de la mercantil, formula oposición a la referida solicitud mediante escrito de fecha 16 de enero de 2019, que es presentado el día 18 del mismo mes en el registro mercantil de Málaga. En el mismo alega, en esencia, que «no procede la designación de auditor por el registro al haberse designado otro previamente por la sociedad» y que «la socia instante viene a ejercitar su derecho con mala fe». Acompaña escrito de fecha 28 de noviembre de 2017 por el que don ……, auditor de cuentas, acepta el encargo de elaborar el informe de auditoría de la mencionada mercantil correspondiente a los ejercicios 2017, 2018 y 2019.

IV

La Registradora Mercantil de Málaga I, doña María Dolores Fernández Pacheco Fernández, dictó resolución de fecha 15 de abril de 2019 por la que acuerda «mantener el nombramiento de auditor solicitado para el ejercicio 2018 de la sociedad "Inmobiliaria Udels, S.L." y denegar la oposición a la misma».

V

Don ……, administrador único de la mercantil, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 15 de abril, reiterando los argumentos expuestos en su escrito de oposición.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

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

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

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

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

Inscrito el nombramiento de auditor voluntario el depósito de las cuentas sólo puede llevarse a cabo si vienen acompañadas del oportuno informe de verificación. Así lo ha sancionado expresamente la modificación del artículo 279 de la Ley de Sociedades de Capital (que entró en vigor el día 1 de enero de 2016; disposiciones finales cuarta y decimocuarta de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas), cuando dice en su inciso final: «Los administradores presentarán también, el informe de gestión, si fuera obligatorio, y el informe del auditor, cuando la sociedad esté obligada a auditoría por una disposición legal o ésta se hubiera acordado a petición de la minoría o de forma voluntaria y se hubiese inscrito el nombramiento de auditor en el Registro Mercantil.»

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

2. En el presente expediente resulta por un lado que el socio minoritario presenta su solicitud en el Registro Mercantil en fecha 2 de enero de 2019 y, por otro, que la sociedad acredita que nombró auditor voluntario para el mismo ejercicio con carácter previo al acompañar copia de la aceptación del encargo por don ……, auditor de cuentas, en que acepta el encargo de elaborar el informe de auditoría de la mencionada mercantil correspondiente a los ejercicios 2017, 2018 y 2019 suscrito por ambas partes.

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

3. El recurso no puede prosperar ya que, si bien ha quedado acreditado tanto el nombramiento anterior, como así resulta de la documentación aportada por la sociedad al expediente, así como la aceptación del mismo, no se ha garantizado de manera adecuada el interés protegible por el presente expediente.

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

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

El objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital prevé para que

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

5. En relación con la posible concurrencia de fraude de ley en la solicitud, es constante doctrina de este Centro Directivo que, a diferencia de las solicitudes de nombramiento registral de auditor para las sociedades obligadas por ley a la verificación contable y fundadas en el artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital, en aquellas otras, exentas de esta obligación, la causa de la petición es siempre y típicamente la misma: la inexistencia de una auditoría previa. Dicha circunstancia determina la existencia de un interés protegible que se reconoce a los socios minoritarios y la consecuente atribución del derecho a solicitar que se lleve a cabo la verificación. Por ello, el artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil que articula el procedimiento para la tramitación de las solicitudes fundadas en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, no exige su expresión, de alcance puramente formal, pues, como ya se ha indicado, la inexpresión de la causa de la petición o su expresión inadecuada es intrascendente en este procedimiento de nombramiento registral de auditor a instancia de los socios minoritarios de entidades mercantiles (en este sentido pueden verse las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 12 y 23 de julio, 7 de octubre de 2010 y 11 y 31 de marzo de 2014 entre otras).

Directamente relacionado con lo anterior, el interés del socio que reclama el nombramiento de auditor no es ni puede ser objeto de valoración en el estrecho ámbito de este expediente. Como es doctrina reiterada (*vide* resoluciones de 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010, entre otras), el objeto de este procedimiento se limita a determinar si concurren o no los requisitos legales para la procedencia de nombramiento de auditor a instancia de la minoría sin que dentro de su estrecho cauce pueda pretenderse el conocimiento de otras materias reservadas a otras Administraciones o a los Tribunales de Justicia (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.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso y confirmar la resolución de la Registradora Mercantil de Málaga I, doña María Dolores Fernández Pacheco Fernández, de fecha 15 de abril de 2019, por la que resuelve proceder al nombramiento de auditor de cuentas solicitado, al no quedar debidamente garantizado el interés del socio minoritario, por no acreditarse ni la inscripción del nombramiento del auditor a instancia de la mercantil ni la puesta a disposición de los socios del correspondiente informe de auditoría; así como exceder del estrecho ámbito de calificación del presente expediente la motivación del solicitante así como la posible concurrencia de mala fe.

Lo que, con devolución del 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, 7 de agosto de 2019 (1.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sra. Registradora Mercantil de Málaga.

Resolución de 7 de agosto de 2019 (2.ª)

En el expediente 102/2019 sobre nombramiento de experto a instancia de «Grupo de Ventas Hortofrutícolas, S.L.».

HECHOS

I

Don F. S. N., presentó un escrito de fecha 3 de abril de 2019, complementado por otro de fecha 15 inmediata posterior, dirigido al Registro Mercantil de Murcia, en el que solicitó, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como legal representante de «Grupo de Ventas Hortofrutícolas, S.L.», el nombramiento de un experto para que proceda a la determinación del valor razonable de las participaciones del socio don I.M.M., como consecuencia de su exclusión de la sociedad.

La sociedad hace constar que, si bien la participación del socio era del 33,33 % del capital social, tras los acuerdos de ampliación de fecha 28 de junio de 2017 su participación quedó reducida al 6,66 % de la sociedad, participaciones 8.312 a la 16.622, 33 *(sic)*, ambas inclusive.

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

a) Que la sociedad «Grupo de Ventas Hortofrutícolas, S.L.» celebró junta general el día 19 de octubre de 2015. De acta notarial de junta autorizada por la notaria de Lorquí doña María Lourdes España López el día 9 de octubre de 2015 y de su diligencia de fecha 19 de octubre posterior resulta que la sociedad se reunió la junta general de la sociedad con la presencia de los socios que representaban el cien por cien del capital social, incluido el socio don I. M. M. titular de un porcentaje del 32.66 %. Resulta que se debatió y votó el punto tercero del orden del día relativo a la exclusión del citado socio por concurrencia de causa legal de modo que quedó aprobado en la forma que resulta del acta.

b) Instado procedimiento judicial, se acompaña sentencia 660/2018 de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.ª, de fecha 18 de octubre de 2018. De su fallo resulta que se estima el recurso de apelación y se estima la demanda interpuesta por «Grupo de Ventas Hortofrutícolas, S.L.» declarando la exclusión del socio don I.M.M. por concurrir causa legal. Por diligencia de ordenación emitida por la letrada de la Administración de Justicia doña M.J.B.M. de fecha 18 de febrero de 2019 se hace constar que la anterior sentencia tiene el carácter de firme.

c) Se acompaña copia de la escritura pública autorizada por el notario de Molina de Segura don Ernesto Ruiz Rodríguez el día 17 de agosto de 2018 por la que se eleva a público los acuerdos adoptados por la junta general de la sociedad el día 28 de junio de 2017. De su certificación incorporada y de la propia escritura resulta que el aumento de capital acordado fue íntegramente suscrito por dos de los socios de la sociedad sin que por parte de don I. M. M. se acudiera a la suscripción preferente pese a ser notificado al efecto.

II

Previo traslado de la solicitud por parte del Registro Mercantil, don I. M. M. se opuso a la pretensión de la sociedad alegando: 1.º Que existen distintos procedimientos judiciales de impugnación de acuerdos sociales de aprobación de las cuentas anuales de los ejercicios 2015 y 2016 cuya resolución es de vital importancia para la valoración de sus participaciones sociales. 2.º Que su participación en el capital social es del 33 % del capital social y no la que afirma la representación social pues el aumento de capital acordado y documentado en la escritura de 17 de agosto de 2017 ha sido declarado nulo por el juzgado de lo mercantil núm. 1 de Murcia, procedimiento 366/2017.

Acompaña diligencia de ordenación de fecha 11 de abril de 2019 recaída en el procedimiento 74/2018 seguido ante el juzgado del o mercantil núm. 1 de Murcia de la que resulta señalamiento de fecha para la celebración de juicio ordinario.

Acompaña copia de la sentencia de fecha 19 de febrero de 2019 del juzgado de lo mercantil núm. 1 de Murcia, recaída en los autos 336/2017, en cuyo fallo se declara la nulidad de los acuerdos adoptados por la sociedad en fecha 28 de junio de 2017.

III

El Registrador Mercantil de Murcia núm. 1, don Álvaro José Martín Martín dictó resolución en fecha 9 de mayo 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 363 del Reglamento del Registro Mercantil.

IV

Don I. M. M., por escrito de fecha 30 de mayo de 2019, que tuvo entrada el día inmediato posterior en el Registro Mercantil de Murcia, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a, resumidamente, los siguientes argumentos: 1.º Que su condición de socio de la sociedad no se perdió hasta que alcanzó firmeza la sentencia de la Audiencia Provincial de conformidad con la jurisprudencia que cita y, por tanto, hasta el día 18 de febrero de 2019 como resulta de las diligencias judiciales que acompaña y como demuestra el hecho de haber sido convocado a junta general en su condición de socio. 2.º Que en base a lo anterior reitera su oposición a la designación de experto en tanto no esté resuelta la impugnación de los acuerdos de aprobación de cuentas anuales de los ejercicios 2015 y 2016 al ser de vital importancia para la valoración de sus participaciones. Se acompañan documentos justificativos de la interposición de la demanda y de su admisión. 3.º Que reitera que su participación no es la que afirma la sociedad solicitante como resulta de la anulación de los acuerdos de 28 de junio de 2017. Que solicita la suspensión del procedimiento de designación de experto en tanto no recaiga sentencia firme en los pleitos existentes entre las partes.

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 350, 351, 352 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 776/2007, de 9 de julio, 2888/2013, de 27 de mayo y 314/2015 de 12 junio; 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. Una sociedad de responsabilidad limitada acuerda en junta general la exclusión de determinado socio con participación superior al 25 %. Instado el oportuno procedimiento judicial la sentencia estimatoria es confirmada por la

Audiencia Provincial deviniendo firme. La sociedad solicita del Registrador Mercantil la designación de experto a que se refiere el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y aquél estima la solicitud. El socio excluido recurre en los términos que resultan de sus escritos de oposición y recurso.

El objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que los artículos 350 y 351 de la Ley de Sociedades de Capital prevé para que se acuerde, de acuerdo con el artículo 353, la pertinencia de nombramiento de un experto independiente que determine el valor razonable de las acciones o participaciones sociales como consecuencia de la exclusión de un socio, pero no alcanza a la resolución de controversias entre las partes que excedan de dicho objeto. La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (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. Establecido lo anterior y como ha puesto de relieve nuestro Tribunal Supremo en su Sentencia núm. 314/2015 de 12 junio: «El derecho de exclusión es un mecanismo de protección del interés de la mayoría frente a la conducta de determinados socios que incumplan las obligaciones derivadas de su pertenencia a la sociedad (la obligación de realizar prestaciones accesorias), así como al socio administrador (que infrinja la obligación de competencia o hubiere sido condenado por sentencia firma a indemnizar a la sociedad). Junto a las causas legales de exclusión de socios, inderogables, los estatutos de la sociedad pueden ampliar el número de causas, bien porque se pactaron en la fundación de la sociedad, bien porque se incorporaron a los estatutos con el consentimiento de todos (art. 351 LSC).»

La misma sentencia pone de relieve que: «…tratándose el artículo 98 LSRL (RCL 1995, 953) (actualmente art. 350 LSC) de una norma de carácter represivo, no caben interpretaciones extensivas de la misma…»

2. Por lo que se refiere a la cuestión de fondo, dice así el artículo 352 de la Ley de Sociedades de Capital: «1. La exclusión requerirá acuerdo de la junta general. En el acta de la reunión o en anejo se hará constar la identidad de los socios que hayan votado a favor del acuerdo. 2. Salvo en el caso de condena del socio administrador a indemnizar a la sociedad, la exclusión de un socio con participación igual o superior al veinticinco por ciento en el capital social requerirá, además del acuerdo de la junta general, resolución judicial firme, siempre que el socio no se conforme con la exclusión acordada. 3. Cualquier socio que hubiera votado a favor del acuerdo estará legitimado para ejercitar la acción de exclusión en nombre de la sociedad cuando ésta no lo hubiera hecho en el plazo de un mes a contar desde la fecha de adopción del acuerdo de exclusión.»

Constituye doctrina de esta Dirección expresada en la resolución de 16 de octubre de 2000 y en la de 9 de diciembre de 2014 (en relación la primera al texto vigente entonces de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, sustancialmente idéntico al actual artículo 352 de la Ley de Sociedades de Capital), que la Ley establece un mecanismo de defensa del socio que ostente una participación significativa, igual o superior al veinticinco por ciento del capital social, y no se conforme con el acuerdo de exclusión, al exigir que éste se complemente con una resolución judicial firme que dé efectividad al acuerdo de exclusión, sin duda como garantía de que la privación del derecho de voto del socio cualificado no deje tan sólo en manos de los restantes tan radical decisión. Tal resolución, en cuanto requisito necesario para la eficacia del acuerdo, ha de considerarse que tiene eficacia constitutiva y, por tanto, sus efectos han de producirse ex nunc, por lo que en tanto no recaiga, el socio en proceso de exclusión conserva todos sus derechos.

3. La postura de esta Dirección constituye hoy doctrina legal de nuestro Tribunal Supremo el cual, en su sentencia de 9 de julio de 2007 hizo suyos los anteriores razonamientos de forma literal y los confirma en su posterior sentencia de 27 de mayo de 2013 al decir: «Este carácter constitutivo de la resolución judicial no sólo debe determinar, como declaramos en aquella ocasión, que pueda ejercitar los derechos de socio hasta que se haga efectiva la exclusión con la firmeza de la resolución judicial, sino que la valoración de sus participaciones ha de referirse a ese momento, en que deja de ser socio… En estos casos, en la reseñada sentencia de 776/2007, de 9 de julio (RJ 2007, 4960), expresamente se atribuye carácter constitutivo a la sentencia firme y se difieren los efectos de la exclusión, esto es, la pérdida de la condición de socio, y con ella de todos los derechos que lleva consigo, a la firmeza de la sentencia. Resulta una lógica consecuencia de lo anterior, que el valor razonable de las participaciones del socio excluido se refiera al momento en que deja de serlo, que coincide con la firmeza de la sentencia.»

En la reseñada sentencia de 9 de julio de 2007 expresamente se atribuye carácter constitutivo a la sentencia firme y se difieren los efectos de la exclusión, esto es, la pérdida de la condición de socio, y con ella de todos los derechos que lleva consigo, a la firmeza de la sentencia.

4. Sentado lo anterior y acreditándose en el procedimiento que la sentencia que confirma la exclusión del socio recurrente es firme, cuestión que el recurrente no discute, no procede si no afirmar la concurrencia de los requisitos exigidos en los artículos 350 y 352 de la Ley de Sociedades de Capital para que por parte del Registrador Mercantil se proceda a la designación del experto a que se refiere el artículo 353 del mismo cuerpo legal.

El recurrente en trámite de oposición y posteriormente en su escrito de recurso considera que pese a la existencia de la sentencia firme no procede la designación de experto independiente si bien en su escrito de recurso concreta su motivo a que se suspenda el procedimiento de designación en tanto determinados procedimientos judiciales no alcancen la debida firmeza. Además,

considera que el porcentaje de capital que ostenta es distinto de aquél señalado por la sociedad en su escrito de solicitud.

5. Comenzando por esta última cuestión y como se ha expresado por extenso al principio, el objeto de la presente no es determinar cuál haya de ser el número de participaciones que ostente el socio excluido, ni la de aplicar las consecuencias de un pronunciamiento sobre la invalidez de unos acuerdos sociales (pronunciamiento cuya firmeza no consta). Dispone así el artículo 353.1 de la Ley de Sociedades de Capital: «A falta de acuerdo entre la sociedad y el socio sobre el valor razonable de las participaciones sociales o de las acciones, o sobre la persona o personas que hayan de valorarlas y el procedimiento a seguir para su valoración, serán valoradas por un experto independiente, designado por el Registrador Mercantil del domicilio social a solicitud de la sociedad o de cualquiera de los socios titulares de las participaciones o de las acciones objeto de valoración.»

La única relevancia que el número de participaciones del socio excluido tiene en el procedimiento de designación de experto hace referencia a la apreciación de la concurrencia de los requisitos exigidos en el apartado primero del artículo 352 de la Ley de Sociedades de Capital o en su número segundo. Por su parte, el experto designado tendrá que atribuir un valor a cada participación de la sociedad con independencia de cuál sea el número concreto que el socio excluido ostente. Evidentemente la controversia entre la sociedad y el socio sobre el número específico de participaciones que hayan de amortizarse o adquirirse (arts. 356 y 358 de la Ley de Sociedades de Capital), tendrá relevancia en un momento posterior, pero ni impide la designación de experto ni impide a este la determinación del valor razonable a que se refiere el artículo 353.

Procede la desestimación del motivo.

6. Por lo que se refiere a la suspensión del procedimiento, esta Dirección General de los Registros y del Notariado ha reiterado que el registrador (o esta Dirección en alzada), 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 la condición de socio, 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 sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.ª,198/2018 de 28 de marzo (en sede de aplicación del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital), 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. 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 o del interesado 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; tampoco si acredita la existencia de un procedimiento cuyo objeto no afecte a dicho contenido. 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).

En el expediente que da lugar a la presente el recurrente acredita que ha entablado acción judicial de nulidad contra los acuerdos sociales que aprobaron las cuentas anuales correspondientes a los ejercicios 2015 y 2016. Como resulta de las consideraciones anteriores y el propio recurrente afirma, la fecha de efectos de la exclusión del socio es aquella, muy posterior, en que la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia adquirió firmeza por lo que difí-

cilmente puede afirmarse que el objeto del procedimiento y su resultado deba afectar al expediente de designación de experto.

Es más, como afirmara la resolución de esta Dirección general de fecha 15 de noviembre de 2016 en materia de recursos contra la calificación del registrador mercantil, se puede afirmar que el valor razonable es el valor de mercado, sin bien, al no existir propiamente un mercado de participaciones sociales y –salvo en el caso de sociedades abiertas– tampoco de acciones, dicho valor debe determinarse por aproximación, según la normativa contable. Conforme a la Primera Parte, apartado 6.2, del Plan General de Contabilidad aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, «valor razonable es el importe por el que puede ser intercambiado un activo o liquidado un pasivo, entre partes interesadas y debidamente informadas, que realicen una transacción en condiciones de independencia mutua». Y la Norma Técnica de elaboración del informe especial del auditor de cuentas para estos casos publicada mediante Resolución de 23 de octubre de 1991, del presidente del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, se refiere a algunos métodos de valoración dinámicos que se consideran más adecuados respecto de las acciones de una sociedad que sigue en marcha, con criterios de flexibilidad, pues según reconoce dicha Norma «sólo puede hablarse de aproximaciones o juicios razonables». Por ello, generalmente, el valor contable no será equivalente al valor razonable o de mercado de las participaciones sociales.

Determinado así que el valor razonable a que se refiere el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital no tiene porqué ser equivalente con el valor contable y que, en cualquier caso, es competencia del experto designado aplicar el método que le permita determinarlo de conformidad con las normas técnicas aplicables, no puede afirmarse que el hecho de que las cuentas anuales de la sociedad correspondientes a ejercicios anteriores a aquél en que se produce la exclusión del socio sean el objeto de un procedimiento de impugnación constituya un proceso «cuya resolución pudiese afectarle», lo que conduce inevitablemente a la desestimación del motivo de recurso.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Murcia núm. 1, don Álvaro José Martín Martín de fecha 9 de mayo 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, 7 de agosto de 2019 (2.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de Murcia.

Resolución de 7 de agosto de 2019 (3.ª)

En el expediente 120/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Servicios de hostelería El Pescaíto, S.L.».

HECHOS

I

Doña …… a presentó escrito de fecha 26 de marzo de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Granada, en el que tuvo su entrada el día 27 del mismo mes, en el que solicitó al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5 % del capital social de la mercantil «Servicios de hostelería El Pescaíto, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

II

Por oficio del Registro Mercantil de Granada, se traslada la solicitud a la mercantil «Servicios de hostelería El Pescaíto, S.L.». La sociedad formula oposición dentro del plazo legalmente establecido, por medio de escrito de don ……, en su condición de apoderado del administrador único de la compañía, don ……, en el que alega la falta de legitimación de la solicitante, ex cónyuge del administrador citado, en tanto en cuanto, la misma «extinguió voluntariamente las relaciones societarias y/o económicas con el mismo mediante documento privado suscrito en 31 de diciembre de 2016 que se acompaña al presente escrito y que ya ha sido cumplido por parte del otro socio, Sr. ……, quedando únicamente pendiente la venta de las participaciones de la solicitante a mi representado, y en consecuencia, resultando éste como socio único de la mercantil».

III

Por diligencia para mejor proveer del registro mercantil de Granada se concede un plazo de diez a los interesados para que pudiesen aportar los originales de los documentos indicados. Dentro del plazo concedido, por la mercantil se aportan originales del acuerdo

de extinción de relaciones laborales y/o societarias y/o económicas, así como poder para pleitos conferido por don …… o a favor de don ……. Por su parte, la socia solicitante aporta junto con escrito suscrito por ella misma, copia de la convocatoria a la Junta General Ordinaria fechada el 11 de marzo de 2019 y acta de la misma de fecha 27 de marzo de 2019, indicando su reconocimiento como socia de la mercantil.

IV

La Registradora Mercantil de Granada II, doña María Cristina Palma López, dictó resolución en fecha 22 de mayo de 2019 por la que acordó proceder al nombramiento de auditor solicitado.

V

Don ……, en su condición de apoderado del administrador único de la compañía, don ……, en nombre y representación de la sociedad, por escrito de fecha 14 de junio de 2019, que tuvo su entrada el mismo día 14 en el Registro Mercantil, interpuso recurso contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición, además de cuestiones personales.

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.

2. El objeto de este expediente se limita por tanto 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.

3. Así entendido, en el presente expediente el recurso planteado no puede prosperar por el motivo anteriormente alegado, esto es, no ha sido desvirtuado por la sociedad que la socia solicitante reúne el 5 % mínimo legalmente exigible como uno de los requisitos para acceder a su pretensión. De hecho, de la documentación aportada al expediente, queda acreditado precisamente que la solicitante ostenta más del 5 % del capital social de «Servicios de hostelería El Pescaíto, S.L.». Así resulta tanto de la propia convocatoria de la Junta General de la sociedad a doña ……, en su condición de socia de la misma, de fecha 11 de marzo de 2019, como de la certificación del acta de dicha junta de la que resulta que la misma actuó como Secretaria de la junta en cuestión y que la misma asistió a la expresada junta representando un 10 % de participación, o de la propia la lista de asistentes a la junta en cuestión, que obra en el expediente. El propio recurrente, además, manifiesta que queda «únicamente pendiente la venta de las participaciones de la solicitante a mi representado», de modo que la solicitante sigue siendo titular de las mismas, sin entrar en las cuestiones de tipo personal entre los socios que, como ya se ha expresado, no son objeto de este expediente.

Por tanto, cumplidos por la 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 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.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso y confirmar la resolución de la Registradora Mercantil de Granada II, doña María Cristina Palma López, de fecha 22 de mayo de 2019, por la que acordó proceder al nombramiento de auditor solicitado.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución 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, 7 de agosto de 2019 (3.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sra. Registradora Mercantil de Granada.

Resolución de 29 de agosto de 2019

En el expediente 132/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Publi-Safor, S.L.».

HECHOS

I

Doña …… presentó escrito de fecha 20 de marzo de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Valencia, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, y como titular de más del 5 % del capital social de ««Publi-Safor, S.L.», (concretamente, titular del 10 %), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018. A tal solicitud acompaña copia de la escritura de compraventa participaciones sociales de fecha 19 de julio 2011, ante don José-Vicente Roig Dalmau, Notario de Gandía, por la que la instante adquiere las participaciones sociales.

II

El Registrador Mercantil de Valencia, don José Luis Gómez Fabra, notifica a la sociedad mediante resolución de fecha 21 de marzo de 2019 para que, en su caso, ejercite el derecho de oposición a tal solicitud.

III

La sociedad se opuso a la pretensión del socio mediante escrito suscrito el día 3 de abril de 2019 por doña ……, alegando «la única finalidad de hacer un gasto extra a la empresa que represento, habida cuenta de que la solicitante es hija de la firmante, pero con unas relaciones familiares desastrosas». A su vez niega la legitimidad de la misma como de que ha sido aprobada una ampliación de capital de la sociedad sin que la instante haya «solicitado su deseo de suscribir participaciones de la ampliación».

IV

Mediante diligencia de fecha 11 de abril de 2019 el Registrador Mercantil de Valencia requiere a la sociedad para que aporte los documentos acreditativos de la ejecución y suscripción de la ampliación de capital alegada. Tal requerimiento es atendido mediante escrito de fecha 13 de mayo, que es presentado el día 16 del mismo mes, en el que se indica que «a causa de un error, se les da a los socios un nuevo periodo de un mes para la suscripción del aumento de capital acordado».

V

El Registrador Mercantil de Valencia, don José Luis Gómez Fabra, dictó resolución de fecha 21 de mayo de 2019 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

VI

Doña ……, por escrito de fecha 1 de julio de 2019, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Valencia, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando exclusivamente y como motivo único de recurso la mala fe y abuso de derecho por parte del solicitante en el ejercicio de su solicitud que carece de cualquier causa o motivación que la fundamente.

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 no pueden imponerse al derecho individual del socio a que las cuentas del ejercicio sean objeto de auditoría.

En concreto, los motivos de recurso se pueden agrupar en dos: la ausencia de causa que justifique la solicitud del instante; y la falta de buena fe por parte del socio solicitante.

2. De nuevo 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. Por tanto, es competencia de este Centro Directivo analizar la concurrencia de los requisitos anteriormente expuestos, debiendo concluir que en nada afecta la motivación del mismo en el ejercicio de tal derecho ni la efectiva actividad desarrollada por la mercantil en el ejercicio social objeto de auditoría.

En cuanto al primero de dichos motivos es constante doctrina de este Centro Directivo que, a diferencia de las solicitudes de nombramiento registral de auditor para las sociedades obligadas por ley a la verificación contable y fundadas en el artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital, en aquellas otras, exentas de esta obligación, la causa de la petición es siempre y típicamente la misma: la inexistencia de una auditoría previa. Dicha circunstancia determina la existencia de un interés protegible que se reconoce a los socios minoritarios y la consecuente atribución del derecho a solicitar que se lleve a cabo la verificación. Por ello, el artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil que articula el procedimiento para la tramitación de las solicitudes fundadas en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, no exige su expresión, de alcance puramente formal, pues, como ya se ha indicado, la inexpresión de la causa de la petición o su expresión inadecuada es intrascendente en este procedimiento de nombramiento registral de auditor a instancia de los socios minoritarios de entidades mercantiles (en este sentido pueden verse las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 12 y 23 de julio, 7 de octubre de 2010 y 11 y 31 de marzo de 2014 entre otras).

Directamente relacionado con lo anterior, el interés del socio que reclama el nombramiento de auditor no es ni puede ser objeto de valoración en el

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

3. Respecto a la segunda cuestión objeto del recurso, 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).

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 2018.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Valencia, don José Luis Gómez Fabra, de fecha 21 de mayo 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, 29 de agosto de 2019.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.

Resolución de 5 de septiembre de 2019 (1.ª)

En el expediente 99/2019 sobre nombramiento de auditor excepcional a instancia de la sociedad «Tomás Colomer, S.L.»

HECHOS

I

Por escrito de fecha 28 de mayo de 2019, con entrada en este Ministerio el día 31 del 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 de cuentas solicitado para los ejercicios 2016, 2017 y 2018 de la sociedad «Tomás Colomer, 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 Regla-

mento del Registro Mercantil, dirigida al registro mercantil de Barcelona, de fecha 2 de abril de 2019, formulada por doña ……, en nombre y representación de la mercantil solicitante, como administradora de la misma; los oficios del registro mercantil y contestaciones a los mismos por parte de la administración social, ampliando, además, su solicitud inicial referida a los ejercicios 2016 y 2017, también al ejercicio 2018. Asimismo, forma parte del expediente el informe de fecha 28 de mayo de 2019 de la Registradora Mercantil de Barcelona X, doña ……, del que se deduce que puede entenderse justificada la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor respecto de los ejercicios 2016 y 2017, no así, en cambio, para el ejercicio 2018, y elevando el expediente a esta Dirección General.

III

De la solicitud inicial de nombramiento de auditor de fecha 2 de abril de 2019, dirigida al registro mercantil de Barcelona, formulada por doña ……, en nombre y representación de la mercantil solicitante, como administradora de la misma, al amparo del artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 del Reglamento del Registro Mercantil, en especial el artículo 356 del expresado Reglamento, y según manifiesta la interesada, resultan, en esencia, las siguientes circunstancias especiales que justificarían, según su criterio, el nombramiento excepcional de auditor de las cuentas anuales de la sociedad para los ejercicios sociales en cuestión en persona determinada:

1.º Que durante los ejercicios 2015 y 2016, la mercantil «Tomás Colomer, S.L.» incurrió, excepcionalmente, en las causas recogidas en la Ley de Sociedades de Capital para verificar sus cuentas anuales. Hace especial referencia a la excepcionalidad de la situación porque la sociedad ha sido una PYME, o sociedad familiar, desde su constitución y solamente en los ejercicios indicados se alcanzaron las cifras requeridas para proceder a la verificación de las cuentas anuales.

2.º Que, de hecho, la sociedad ha vuelto, desde el cierre del ejercicio 2017, a la condición de PYME y, por lo tanto, sin tener que someter de nuevo las cuentas a verificación contable. Con ello, quiere resaltar que lo acaecido en los ejercicios 2015 y 2016 fue un momento especial y concreto que se desmarca de la trayectoria de la compañía durante su historia a lo largo de sus 150 años de existencia. Situación fácilmente comprobable por el hecho de que actualmente y desde 2017 se ha vuelto a la situación indicada de PYME como había sido siempre.

3.º Que las razones por las que la sociedad no realizó el nombramiento del auditor en forma y en tiempo son sencillas y fruto de las circunstancias que la rodean. La sociedad con su estructura de PYME se ve obligada repentinamente a cambiar sus procesos financiero-fiscales y a tener que asumir nuevas obligaciones que le resultaban cuando menos extrañas hasta ese momento. A tal efecto, lo primero que hizo el Administrador fue contactar con la firma de Auditoría «Fair Audit, S.L.P.», para que les ayudara con la auditoría de unas cuentas complejas en cuanto a su verificación. Este proceso de negociación en la contratación del auditor se ve interrumpido en varias ocasiones provocando el vacío en el cumplimiento del requisito legal y formal de nombramiento de auditor comentado por los motivos y vicisitudes que expone, entre otros, fallecimiento repentino del administrador único de la sociedad, inspección fiscal, adaptación al SII para la presentación mensual –y no trimestral– del IVA.

4.º Debido a los motivos expuestos en los puntos anteriores, manifiesta la peticionaría que el proceso de auditoría ha sido muy laborioso y lento y no se ha podido finalizar hasta

la fecha actual. El trabajo del auditor ha sido ingente en cuanto a horas de trabajo en la sociedad y el grado de implicación máximo en cuanto a las tareas desarrollada.

5.º Por todo lo anterior, a tenor del escrito inicial y de las contestaciones del solicitante a sendos oficios del registro mercantil, y dadas las especiales circunstancias del presente supuesto y, en virtud de lo recogido en el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil, manifiesta que el trabajo de «Fair Audit, S.L.P.» como auditor de cuentas de los ejercicios 2016, 2017 y 2018 sería el más adecuado, dadas las circunstancias que reseña que indican la complejidad, excepcionalidad y especialidad de la situación; consecuencia de lo anterior, solicita sea el nombramiento a favor de la entidad «Fair Audit, S.L.P.», inscrita en el Registro Mercantil de Barcelona al tomo 46047, folio 213, hoja B-07818, inscripción 1.ª, e inscrita bajo el número 2431 en el ROAC, instando del registro mercantil proceda a elevar a la Dirección General de los Registros y del Notariado su solicitud para que, de conformidad con la excepción contenida en el artículo 356 del RRM, nombre a la firma de auditoría expresada, como auditor de cuentas anuales de la sociedad para los ejercicios 2016, 2017 y 2018.

IV

Por su parte, la Registradora Mercantil de Barcelona X, doña María Azucena Bullón Manzano, emite informe de fecha 28 de mayo de 2019 del que se deduce que puede entenderse justificada la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor respecto de los ejercicios 2016 y 2017, no así, en cambio, para el ejercicio 2018, elevando el expediente a esta Dirección General dadas las facultades discrecionales que el Reglamento del Registro Mercantil (art. 356) confiere a este Centro Directivo.

En concreto, del informe de la registradora se desprende que resultaría procedente el nombramiento de auditor para la verificación contable de los ejercicios 2016 y 2017 por encontrarse trabajando en la auditoría de los mismos la citada firma auditora «Fair Audit, S.L.P.», por lo que podría considerarse innecesario y no justificable económicamente el nombramiento de un nuevo auditor para llevar a cabo el mismo cometido que el que se encuentra realizando un profesional cuyo ejercicio se rige por los principios de independencia, objetividad e imparcialidad, más teniendo en cuenta que 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. Asimismo, 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, citando al efecto resoluciones de este mismo Centro Directivo; pudiendo concurrir, asimismo, según expresa, presupuestos reveladores de volumen económico significativo.

Sin embargo, la registradora no considera procedente el solicitado nombramiento de auditor para la verificación de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018, ya que, según consta en la documentación obrante en el presente expediente, cuyo contenido certificó la propia representación social, no se cumplen para dicho ejercicio ni para el inmediatamente anterior, las circunstancias recogidas en el artículo 263 de la Ley de Sociedades de Capital para la obligatoriedad de la verificación contable de los mismos.

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 las circunstancias por las que procedería la aplicación del procedimiento excepcional de nombramiento, si bien, única y exclusivamente respecto de los ejercicios 2016 y 2017, 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 28 de mayo de 2019, del que se deduce que puede entenderse justificada la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor para la verificación contable de los ejercicios 2016 y 2017, sin embargo, no resultaría procedente el nombramiento de auditor para la verificación de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018, todo ello, en los términos que han sido expuestos.

4. A la luz de las consideraciones anteriores, de los hechos expuestos, en especial, de las vicisitudes atravesadas por la sociedad peticionaria, y del informe de fecha 28 de mayo de 2019 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 contable de los ejercicios 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 la sociedad peticionaria de los ejercicios 2016 y 2017 sea hecha por la misma auditora ya encargada para la revisión de las mismas y que, según se deduce del expediente, se encuentra realizando dichos trabajos, lo que determina por la sociedad auditora un adecuado conocimiento de las circunstancias contables de la mercantil solicitante, así como del marco regulatorio de su actividad; no estando además económicamente

justificado el nombramiento de un auditor distinto para llevar a cabo el mismo cometido.

Por el contrario, no procede declarar lo mismo respecto de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018, dado que de la documentación obrante en el expediente, certificado por la propia sociedad, no se cumplen para dicho ejercicio ni para el inmediatamente anterior las circunstancias legalmente exigibles que conllevan la obligatoriedad de la verificación contable de los mismos.

Consecuencia de lo anterior, y exclusivamente respecto de los ejercicios 2016 y 2017, 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 estimar parcialmente en los siguientes términos, la solicitud formulada:

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 «Tomás Colomer, S.L.», si bien, única y exclusivamente respecto de los ejercicios 2016 y 2017, a fin de que verifique las cuentas anuales correspondientes a dichos ejercicios 2016 y 2017, 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 «Fair Audit, S.L.P.», inscrita en el Registro Mercantil de Barcelona al tomo 46047, folio 213, hoja B-07818, inscripción 1.ª, e inscrita bajo el número 2431 en el ROAC –según resulta del expediente– como auditor de cuentas de la sociedad, para la revisión de sus cuentas anuales correspondientes única y exclusivamente a los ejercicios 2016 y 2017, de conformidad con el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil.

3.º Respecto de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018, confirmar la no procedencia de la aplicación del procedimiento excepcional previsto en el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil para la designación de auditor de cuentas respecto del ejercicio expresado de la mercantil «Tomás Colomer, S.L.», al no resultar del expediente que en la sociedad solicitante concurran causas que así lo justifiquen.

4.º Devolver el expediente al registro mercantil de Barcelona X a fin de que proceda al referido nombramiento, respecto de los ejercicios señalados en el punto 1.º anterior.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución 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 septiembre de 2019 (1.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.

Resolución de 5 de septiembre de 2019 (2.ª)

En el expediente 105/2019 sobre nombramiento de auditor excepcional a instancia de la sociedad «Beabloo, S.L.».

HECHOS

I

Por escrito de fecha 5 de junio de 2019, con entrada en este Ministerio el día 6 del mismo mes y año, el Registrador Mercantil de Barcelona XI, don ……, 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 2017 de la sociedad «Beabloo, 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 8 de enero de 2019, formulada por don ……, don ……, doña ……, en nombre y representación de la mercantil solicitante, como miembros del consejo de administración de la misma, y don ……, en su condición de secretario no consejero; los oficios del registro mercantil y contestaciones a los mismos 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. Asimismo, forma parte del expediente el informe de fecha 5 de junio de 2019 del Registrador Mercantil de Barcelona XI, don Heliodoro Sánchez Rus, del que se deduce que puede entenderse justificada la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor para el ejercicio 2017, elevando el expediente a esta Dirección General.

III

De la solicitud inicial de nombramiento de auditor de fecha 8 de enero de 2019, dirigida al registro mercantil de Barcelona, formulada por don ……, don ……, doña ……, en nombre y representación de la mercantil solicitante, como miembros del consejo de administración de la misma, y don ……,, en su condición de secretario no consejero, 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 a los mismos, el artículo 356 del expresado Reglamento, y según manifiestan los interesados, resultan, en esencia, las siguientes circunstancias especiales que justificarían, según su criterio, el nombramiento excepcional de auditor de las cuentas anuales de la sociedad para el ejercicio social en cuestión en persona determinada:

1.º Que el consejo de administración acordó en sesión celebrada el día 2 de junio de 2015, por unanimidad, y en el marco de una auditoría voluntaria, por no concurrir los presupuestos legales para exigir la auditoría obligatoria, que las cuentas anuales de la sociedad «Beabloo, S.L.» fueran auditadas por «Pricewaterhousecoopers Auditores, S.L.», comenzando en el ejercicio 2015.

2.º Que, posteriormente, el consejo de administración en sesión celebrada el 14 de junio de 2017 acordó, por unanimidad, que las cuentas anuales correspondientes al ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2017 fueran auditadas por «BDO Auditores, S.L.P.».

3.º Que, a pesar de lo anterior, no se sometió a consideración de la junta general de «BDO Auditores, S.L.P.».el nombramiento de auditores antes que finalizara el ejercicio 2017, no obstante la obligatoriedad de auditar las cuentas anuales correspondientes al citado ejercicio.

4.º Que la sociedad auditora «BDO Auditores, S.L.P.» ya ha efectuado las labores de auditoría del ejercicio 2017.

5.º Que la junta general de «Beabloo, S.L.» acordó el nombramiento de «BDO Auditores, S.L.P.» como auditores de las cuentas anuales correspondientes a los ejercicios a cerrar el 31 de diciembre de 2018, el 31 de diciembre de 2019 y el 31 de diciembre de 2020, según resulta de certificación cuya copia se acompaña al escrito de solicitud inicial.

6.º Por todo lo anterior, a tenor del escrito inicial y de las contestaciones de los solicitantes a sendos oficios del registro mercantil, y dadas las especiales circunstancias del presente supuesto y, en virtud de lo recogido en el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil, solicita que en lo posible el nombramiento recaiga en la entidad «BDO Auditores, S.L.P.» como auditor de cuentas del ejercicio 2017, toda vez que, como ha quedado acreditado, dicha entidad ya ha efectuado las labores de auditoría del ejercido de constante referencia, habiéndose emitido el informe que se acompaña con la solicitud. Además, la sociedad podría beneficiarse de un significativo ahorro de costes, que redundaría en el interés social y en el de los propios socios, sin que en ningún caso ello alterara la independencia el auditor; instando del registro mercantil proceda a elevar a la Dirección General de los Registros y del Notariado su solicitud para que, de conformidad con la excepción contenida

en el artículo 356 del RRM, nombre a la firma de auditoría expresada, como auditor de cuentas anuales de la sociedad para el ejercicio 2017.

Junto con el escrito de solicitud, acompaña el solicitante los documentos que estima pertinentes.

IV

Por su parte, el Registrador Mercantil de Barcelona XI, don Heliodoro Sánchez Rus, emite informe de fecha 5 de junio de 2019 del que se deduce que puede entenderse justificada la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor para el ejercicio 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 del ejercicio 2017 al estar obligada a nombrar auditor de cuentas para el citado ejercicio por cumplir las circunstancias para ello y por haber emitido el informe del citado ejercicio la citada firma auditora «BDO Auditores, S.L.P.». En virtud de todo ello, y habida cuenta los documentos aportados al expediente y los antecedentes obrantes en el registro, podría considerarse innecesario y no justificable económicamente el nombramiento de un nuevo auditor para llevar a cabo el mismo cometido que el que ha realizado ya un profesional designado al efecto, más teniendo en cuenta que 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. Asimismo, 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, citando al efecto resoluciones de este mismo Centro Directivo; pudiendo concurrir, asimismo, según expresa, presupuestos reveladores de volumen económico significativo.

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 el ejercicio 2017, y que no se reiteran por haber sido ya reproducidas a lo largo de esta resolución.

3. Por su parte, el Registrador Mercantil de Barcelona XI, don Heliodoro Sánchez Rus, emite informe de fecha 5 de junio de 2019, del que se deduce que puede entenderse justificada la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor para la verificación contable del ejercicio 2017, 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 2019 emitido por el Registrador Mercantil de Barcelona XI, don Heliodoro Sánchez Rus, resulta la concurrencia de circunstancias especiales que justifican la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor para la verificación contable del ejercicio 2017 por cuanto concurren presupuestos reveladores de volumen económico significativo y conveniencia de que la elaboración y auditoría de las cuentas anuales de la sociedad peticionaria del ejercicio 2017 sea hecha por la misma auditora ya encargada para la revisión de las mismas que, además, según se deduce del expediente, ya ha elaborado dichos trabajos, y que es la misma que por acuerdo de la junta general ha resultado designada para la verificación de las cuentas sociales para los ejercicios a cerrar a 31 de diciembre de 2018, 31 de diciembre de 2019 y 31 de diciembre de 2020, lo que determina por la sociedad auditora un adecuado conocimiento de las circunstancias contables de la mercantil solicitante, así como del marco regulatorio de su actividad; 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 estimar el recurso y:

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 «BDO Auditores, S.L.P.», a fin de que verifique las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017,

al resultar del expediente que en la sociedad solicitante concurren causas que así lo justifican.

2.º Autorizar al Registrador Mercantil de Barcelona XI, don Heliodoro Sánchez Rus, a nombrar a «BDO Auditores, S.L.P.», siempre que se acredite su inscripción en el ROAC, al no resultar ésta del expediente obrante en esta Dirección General, como auditor de cuentas de la sociedad, para la revisión de sus cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017, de conformidad con el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil.

3.º Devolver el expediente al registro mercantil de Barcelona XI 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, 5 de septiembre de 2019 (2.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.

Resolución de 5 de septiembre de 2019 (3.ª)

En el expediente 92/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de. «Torreón de Veredillas, S.L.».

HECHOS

I

Doña ……, presenta escrito de fecha 15 de marzo de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Cáceres, en el que tuvo su entrada el día 27 del mismo mes, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, y como titular de más del 5 % del capital social de la mercantil «Torreón de Veredillas, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

II

El Registrador Mercantil de Cáceres, don Víctor Manuel Carrasco Sánchez, notifica a la sociedad mediante resolución de fecha 1 de abril de 2019 que es recibida el día 5 del mismo mes, para que, en su caso, ejercite el derecho de oposición a tal solicitud.

III

La sociedad formula oposición mediante escrito de fecha 10 de abril alegando que «en fecha 28 de diciembre de 2018 la sociedad formalizó el contrato de auditoría para las cuentas anuales del ejercicio 2018 con la sociedad «López Juárez Auditores, S.L.», Se adjunta copia de la certificación del nombramiento y del contrato de auditoría anteriormente referido.

IV

El Registrador Mercantil de Cáceres, don Víctor Manuel Carrasco Sánchez, dictó resolución de fecha 16 de abril de 2019 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

V

Doña ……, administradora única de la mercantil «Torreón de Veredillas, S.L.» interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 16 de abril, alegando que se ha concluido el informe de auditoría suscrito por «López Juárez Auditores, S.L.».

VI

Mediante resolución de fecha 21 de junio de 2019, esta Dirección General requiere al recurrente para que el plazo de 15 días justifique el hecho de haberse practicado la inscripción en el Registro Mercantil del nombramiento de auditor voluntario o bien haberse entregado el informe de verificación contable a los socios solicitantes o la incorporación del mismo al expediente. Atendiendo a tal requerimiento, se acompaña copia de informe de auditoría correspondiente al ejercicio 2018 de la mercantil «Torreón de Veredillas, S.L.» de fecha 13 de mayo de 2019, suscrito por don …

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

Inscrito el nombramiento de auditor voluntario el depósito de las cuentas sólo puede llevarse a cabo si vienen acompañadas del oportuno informe de verificación. Así lo ha sancionado expresamente la modificación del artículo 279 de la Ley de Sociedades de Capital (que entró en vigor el día 1 de enero de 2016; disposiciones finales cuarta y decimocuarta de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas), cuando dice en su inciso final: «Los administradores presentarán también, el informe de gestión, si fuera obligatorio, y el informe del auditor, cuando la sociedad esté obligada a auditoría por una disposición legal o ésta se hubiera acordado a petición de la minoría o de forma voluntaria y se hubiese inscrito el nombramiento de auditor en el Registro Mercantil.»

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

2. En el presente expediente resulta por un lado que el socio minoritario presenta su solicitud en el Registro Mercantil en fecha 27 de marzo de 2019 y, por otro, que la sociedad acredita que nombró auditor voluntario para el mismo ejercicio con carácter previo al acompañar copia del contrato de 28 de diciembre de 2018.

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

3. El recurso debe prosperar ya que ha quedado acreditado tanto el nombramiento anterior, como así resulta de la documentación aportada por la sociedad al expediente, así como la puesta a disposición de los socios solicitantes del informe de auditoría correspondiente al ejercicio 2018. En este sentido conviene recordar que, si bien es cierto que la doctrina de esta Dirección General había venido exigiendo que la fecha anterior de nombramiento resultase de forma fehaciente, lo cierto es que la más reciente doctrina ha entendido que si de la valoración conjunta de la documentación aportada resulta con claridad que el nombramiento voluntario por la sociedad es previo, debe prevalecer esta circunstancia (*vide* resoluciones, entre otras, de 1 y 23 de julio, 2 y 26 de septiembre, 7 de octubre y 2 de diciembre de 2013 y 24 de junio y

24 de octubre de 2014). En consecuencia, no existen razones para presumir la falsedad en la declaración o fraude a los derechos del socio minoritario que, de haberse producido, debería ser una cuestión a ventilar ante los tribunales y no en el marco de este expediente.

4. Además, debe tenerse en cuenta en este expediente que, como consecuencia del requerimiento realizado por este Centro Directivo, ha sido debidamente acreditada la puesta a disposición de los socios solicitantes del informe de auditoría correspondiente al ejercicio 2018 al incorporarlo al presente expediente. Por tanto, resulta forzoso entender que el interés que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital pretende proteger está debidamente salvaguardado por cuanto la pretensión de que las cuentas de la sociedad sean sometidas al examen de un auditor con el fin de determinar si expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación, ha sido debidamente cumplimentado (art. 4.1 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas). Procedería por este mismo motivo también la estimación del recurso.

Por tanto debe concluirse que: a) que el interés protegible ha sido debidamente salvaguardado por la puesta a disposición del informe realizado por el auditor nombrado por la sociedad que, por otra parte, había sido designado con anterioridad a la petición del socio minoritario; b) que no existe indicio alguno que permita afirmar que la actuación de la sociedad ha tenido por finalidad defraudar el derecho del solicitante, circunstancia que en cualquier caso debe ser objeto de pretensión ante los Tribunales de Justicia; c) que resulta innecesario y económicamente injustificable el nombramiento de un auditor para llevar a cabo el mismo cometido que el realizado por un profesional cuyo ejercicio se rige por los principios de independencia, objetividad e imparcialidad; d) que cualquier desviación de la anterior conducta debe ser puesta en conocimiento de la administración competente por el interesado para que adopte las medidas previstas en el ordenamiento; e) que como ha puesto de relieve esta Dirección General (*vide* resoluciones de 11 de marzo y 30 de julio de 2014), la objetividad, imparcialidad e independencia del auditor de cuentas son principios vertebradores de la actividad auditora y quedan salvaguardados por la Ley de Auditoría de Cuentas así como por su Reglamento de Ejecución y las Normas Técnicas de Auditoría. El artículo 14.1 de la Ley de Auditoría encomienda a los propios auditores el deber de abstenerse en los supuestos en que puedan incurrir en causa de incompatibilidad atribuyendo al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas la competencia de velar por el adecuado cumplimiento del deber de independencia, así como de valorar en cada trabajo concreto la posible falta de independencia de un auditor de cuentas o sociedad de auditoría. Si los interesados creen vulnerados dichos principios siempre podrán ejercitar las acciones administrativas de responsabilidad disciplinaria ante el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas o bien las acciones civiles o, incluso, penales pertinentes ante la jurisdicción competente; f) que

resulta en definitiva que, satisfecho el interés protegible, no procede el nombramiento solicitado. No obstante, si el interesado considera que la actuación u omisión del auditor nombrado por la sociedad no es conforme con el cumplimiento de las obligaciones legalmente exigibles o que su independencia está comprometida debe dirigirse a la Autoridad competente alegando lo que a su derecho mejor convenga.

Esta Dirección General ha resuelto estimar el recurso y revocar la resolución del Registrador Mercantil de Cáceres, don Víctor Manuel Carrasco Sánchez, de fecha 16 de abril de 2019, por la que resuelve proceder al nombramiento solicitado, al resultar acreditado la puesta a disposición de los solicitantes del referido informe.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución 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 septiembre de 2019 (3.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.

Resolución de 5 de septiembre de 2019 (4.ª)

En el expediente 68/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Jugove, S.L.».

HECHOS

I

Doña …… presenta escrito de fecha 11 de marzo de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Pontevedra, en el que tuvo su entrada el mismo día 11, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley 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 «Jugove,

S.L.» (concretamente, del 16,44 % del capital social), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

II

El Registrador Mercantil de Pontevedra, don Vicente Artime Cot, notifica a la sociedad mediante resolución de fecha 11 de marzo de 2019, que es recibida el día 18 del mismo mes, para que, en su caso, ejercite el derecho de oposición a tal solicitud.

III

La sociedad se opuso a la pretensión del socio mediante escrito suscrito el día 4 de marzo por don …… alegando que «ya existe un auditor nombrado con carácter previo, que resulta ser exactamente el mismo que auditó a la sociedad "Jugove, S.L.". las cuentas de los ejercicios 2016 y 2017». Para acreditarlo acompaña fotocopia del documento privado suscrito el 1 de marzo de 2018 con don …

El Registrador Mercantil de Pontevedra, don Vicente Artime Cot, mediante diligencia para mejor proveer de fecha 22 de marzo requiere a la sociedad para que aporte los documentos fehacientes acreditativos del nombramiento y aceptación del auditor, así como su inscripción o la puesta a disposición de los socios o la incorporación al expediente del oportuno informe de auditoría.

Dicho requerimiento es atendido por la mercantil mediante escrito de fecha 10 de abril de 2019.

IV

El Registrador Mercantil dictó resolución de fecha 16 de abril de 2019 por la que acordó proceder al nombramiento de auditor para la verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2018 solicitado, al no constar inscrito el nombramiento de auditor voluntario a instancia de la mercantil ni aportar el informe de auditoría o acreditar su puesta a disposición de los socios.

V

Don ……, administrador único de la sociedad, interpone recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 16 de abril, alegando que «la única finalidad de la socia minoritaria es entorpecer y encarecer el correcto funcionamiento de la sociedad».

Mediante resolución de 8 de julio de 2019 del Registrador Mercantil de Pontevedra, doña Ana María López Rodríguez, se acredita en el presente expediente que el día 8 de julio de 2019 ha quedado inscrito en el Registro Mercantil el nombramiento de auditor a instancia de la sociedad causando la inscripción 10.ª de la hoja social PO-7.223.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

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

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

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

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

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

Inscrito el nombramiento de auditor voluntario el depósito de las cuentas sólo puede llevarse a cabo si vienen acompañadas del oportuno informe de verificación. Así lo ha sancionado expresamente la modificación del artículo 279 de la Ley de Sociedades de Capital (que entró en vigor el día 1 de enero de 2016; disposiciones finales cuarta y decimocuarta de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas), cuando dice en su inciso final: «Los administradores presentarán también, el informe de gestión, si fuera obligatorio, y el informe del auditor, cuando la sociedad esté obligada a auditoría por una disposición legal o ésta se hubiera acordado a petición de la minoría o de forma voluntaria y se hubiese inscrito el nombramiento de auditor en el Registro Mercantil.»

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

2. En el presente expediente resulta por un lado que la socia minoritaria presenta su solicitud en el Registro Mercantil en fecha 11 de marzo de 2019 y, por otro, que el Registrador Mercantil acredita que ha sido nombrado auditor voluntario para el mismo ejercicio con carácter previo al indicar que resulta inscrito el nombramiento de auditor voluntario de la sociedad para el ejercicio en la inscripción 10.ª de la hoja social. Dicha inscripción es practicada en base a acta notarial del acuerdo adoptado por la Junta General Extraordinaria de fecha 8 de abril de 2019 autorizada en misma fecha y que fue presentada para su inscripción en el Registro Mercantil junto con la aceptación del encargo por parte del auditor nombrado.

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 su inscripción en la hoja social del nombramiento. 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 2018. 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.

Quedando 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 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, imparcia-

lidad 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.

Esta Dirección General ha resuelto estimar el recurso y revocar la resolución del Registrador Mercantil de Pontevedra, don Vicente Artime Cot, de fecha 16 de abril de 2019, por la que resuelve estimar la solicitud del socio minoritario 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, 5 de septiembre de 2019 (4.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.

Resolución de 12 de septiembre de 2019 (1.ª)

En el expediente 122/2019 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Dalp Ingeniería y Automoción, S.L.».

HECHOS

I

Don J. L. C. E. y don J. M. C. F. presentaron un escrito de fecha 7 de mayo de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Santiago de Compostela, en el que solicitaron, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socios de «Dalp Ingeniería y Automoción, S.L.», el nombramiento de un experto para que proceda a la determinación del valor razonable de las participaciones de las que son respectivamente titulares como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación.

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

a) Que la sociedad celebró junta general ordinaria el día 30 de julio de 2018. Del acta de la citada junta, que se acompaña, resulta que previa su convocatoria se constituyó con la presencia de los cinco socios que representan la totalidad del capital social. Resulta igualmente que previa la aprobación de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017, se sometió a votación la propuesta de aplicación del resultado ascendente a la cantidad de 46.043,89 euros. La propuesta preveía el destino de 4.604,39 euros a reserva legal, 5.541,06 euros a reserva de nivelación, 6.156,73 euros a reserva de capitalización, 10.000 euros a dividendos y 19.741,71 euros a reservas voluntarias.

Del acta resulta la aprobación por la junta de la propuesta con el voto en contra de los dos socios hoy solicitantes.

b) Los socios solicitantes notificaron a la sociedad el ejercicio de su derecho de separación mediante sendos burofaxes de fecha 23 de agosto de 2018.

II

Previo traslado de la solicitud por parte del Registro Mercantil, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: Que de acuerdo con la Resolución del ICAC de fecha 5 de marzo de 2019, que explica el concepto de beneficio distribuible, ascendería a la cantidad de 29.741,71 (adición de la cantidad destinada a reservas voluntarias y dividendo), por estar destinadas el resto de cantidades a la atención de la reserva legal a que se refiere el artículo 264 de la Ley de Sociedades de Capital y a la dotación de la reserva de capitalización y a la reserva de nivelación a que se refieren los artículos 25 y 105 de la Ley del Impuesto de Sociedades por lo que la propuesta ascendía a un 33,62 % del beneficio superando así el mínimo del 25 *% (sic)*, a que se refiere el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

III

La Registradora Mercantil de Santiago de Compostela, doña María Teresa Farrin Sanmartín dictó resolución en fecha 4 de junio 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 los solicitantes de acuerdo con el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil, al considerar que la cantidad destinada a dividendo era inferior al tercio del beneficio propio de explotación legalmente repartible.

IV

Don J. A. C. G., don A. V. G. y don D. S. C. R., como administradores de la sociedad, por escrito de fecha XXX 2019, que tuvo entrada el día 21 de junio en el Registro Mercantil de Santiago de Compostela, interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base al mismo argumento expresado en su escrito de oposición con expresa reserva del ejercicio de acciones ante los tribunales de justicia.

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. Como consecuencia de los acuerdos relativos a la aprobación de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017 así como de la propuesta de aplicación del resultado de una sociedad de responsabilidad limitada, dos socios ejercen su 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 en los términos que resultan de los hechos.

Dados los términos en que se expresan tanto el escrito de oposición como el de recurso, esta Dirección General considera oportuno llevar a cabo un pronunciamiento previo relativo al ámbito temporal de aplicación del artículo 348

bis de la Ley de Sociedades de Capital tras la reforma operada por la Ley 11/2018, de 28 de diciembre.

Como ha reiterado esta Dirección General (*vide* vistos), la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de Reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007 (LCEur 2007\1230), sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas, introdujo un nuevo supuesto de derecho de separación al incorporar el artículo 348 bis al texto de la Ley de Sociedades de Capital.

El precepto entró en vigor el 2 de octubre de 2011 (a los dos meses de la publicación en el Boletín Oficial del Estado de la Ley 25/2011, de 1 de agosto), y se mantuvo vigente hasta el 23 de junio de 2012. A partir del 24 de junio de 2104 su vigencia fue suspendida, primero hasta el 31 de diciembre de 2014 (por la Ley núm. 1/2012, de 22 de junio), y después hasta el 31 de diciembre de 2016 (por la Ley núm. 9/2015, de 25 de mayo).

Dicho precepto, que ciertamente ha sufrido un iter legislativo peculiar, se encuentra plenamente vigente desde el día 1 de enero de 2017 y desde entonces despliega su eficacia con independencia del ejercicio a que se refiera, pues la norma carece de cualquier limitación al respecto. Como reconoce la sentencia 84/2014 de 21 marzo de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 4.ª): «Y efectivamente, en el orden del día de la convocatoria de fecha 8 de agosto de 2011 para la Junta General Ordinaria de Accionistas se hace constar "Examen y aprobación, en su caso, de la propuesta de aplicación del resultado del ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2010". Dicha Junta de la mercantil demandada se celebra el 15 de octubre de 2011, cuando ya estaba en vigor el art. 348 bis, votando los socios demandantes en contra de no repartir dividendos, al menos un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social, aprobándose por la mayoría del capital social la propuesta de aplicar el resultado del ejercicio cerrado de 2010 a reservas. Este es el momento de la decisión de la voluntad social, el acuerdo adoptado en Junta General de Accionistas. Y como vimos se ejercita el derecho de separación por los socios demandantes dentro del mes siguiente, que es el plazo de su ejercicio, estando también en dicho momento en vigor dicho precepto, admitir lo contrario iría en contra del principio de seguridad jurídica en el tráfico jurídico, por otra parte es conocida, por reiterada, la jurisprudencia a la hora de interpretar de forma restrictiva las normas de derecho transitorio, sin extender los términos legales a situaciones no contempladas.»

La sentencia transcrita (en plena sintonía con el contenido de la sentencia del Tribunal Supremo 32/2006 de 23 enero), reconoce que es el momento del acuerdo de la junta cuando debe estar en vigor el precepto al ser cuando nace el derecho de separación por concurrencia de los requisitos legales, y con independencia de si lo estaba al cierre del ejercicio cuya aplicación del resultado se ha votado. Así lo ha entendido expresamente esta Dirección General en aplicación de la doctrina de nuestro Tribunal Supremo (*vide* Resoluciones

de 22 de diciembre de 2017, 14 y 28 de noviembre de 2018 y de 9 de enero de 2019).

Por su parte 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.

La disposición transitoria de la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, dice así en su apartado primero: «Las modificaciones introducidas por esta Ley, mediante los artículos primero, segundo y tercero, serán de aplicación para los ejercicios económicos que se inicien a partir del 1 de enero de 2018. Por excepción, las modificaciones introducidas por esta Ley mediante el artículo segundo apartado seis en el artículo 348 bis del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, serán de aplicación a las juntas generales que se celebren a partir del mismo día de su entrada en vigor.»

Por su parte la disposición final séptima de la Ley 11/2018 establece que: «Esta Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado», circunstancia que se produjo el día 30 de diciembre de 2018.

En consecuencia, es de aplicación la nueva redacción del artículo 348 bis a los acuerdos de aprobación de la propuesta de aplicación del resultado adoptados el día 31 de diciembre de 2018 y con posterioridad, aunque se refieran a ejercicios anteriores.

Como resulta de los hechos, en el supuesto que da lugar a la presente el acuerdo de aprobación de propuesta de aplicación de resultado es de fecha 30 de julio de 2018 por lo que le resulta aplicable la redacción del artículo 348 bis dada por la Ley 25/2011, de 1 de agosto.

2. Establecido lo anterior la cuestión se centra en determinar si el acuerdo social relativo a la aplicación del resultado respeta o no el límite establecido en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital en su redacción dada por la Ley 25/2011, de 1 de agosto, habida cuenta de que la sociedad recurrente entiende que la base sobre la que se ha de calcular el beneficio repartible a que se refiere el precepto debe disminuirse con el importe de las dos reservas exigidas por la Ley del Impuesto de Sociedades a que se refiere en sus escritos.

El artículo 348 bis, limita el supuesto de hecho a que «…la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior, que sean legalmente repartibles.»

Por su parte, el artículo 273 de la Ley de Sociedades de Capital dispone que: «1. La junta general resolverá sobre la aplicación del resultado del ejerci-

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

Por su parte el artículo 274.1 establece que: «1. En todo caso, una cifra igual al diez por ciento del beneficio del ejercicio se destinará a la reserva legal hasta que ésta alcance, al menos, el veinte por ciento del capital social.»

En consecuencia, para la determinación de la base de reparto sobre la que ha de computarse el tercio a que se refiere el artículo 348 bis es preciso partir del concepto de beneficio propio de explotación del objeto social (cuestión sobre la que se ha pronunciado reiteradamente la jurisprudencia y esta Dirección General; vide, entre otras, las resoluciones de este Centro de 6, 27 y 28 de noviembre de 2018 y de 9 de enero y 6 de marzo de 2019). 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 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 tercio 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. La sociedad no plantea cuestión alguna sobre el origen del beneficio como propio de la explotación del objeto social como no plantea cuestión alguna en relación con la existencia o no de eventuales pérdidas.

La sociedad destina el 10 % del beneficio a dotar la reserva legal dejando reducido el beneficio repartible a la cifra de 41.439,5 euros cuya tercera parte asciende a la cantidad de 13.813,16 euros. Dado que la propuesta de aplicación del resultado que ha resultado aprobada limita a 10.000 euros la cantidad destinada a dividendo, resulta patente que se produce el supuesto de hecho a que se refiere el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital en su redacción dada por la Ley 25/2011, de 1 de agosto.

La sociedad combate esta afirmación afirmando que al beneficio obtenido se le deben sustraer, además de las cantidades destinadas a dotar la reserva legal ex artículo 274 de la Ley de Sociedades de Capital, otras dos cantidades destinadas a dotar sendas reservas derivadas de la regulación de la Ley del Impuesto de Sociedades.

Tal pretensión no puede ser acogida por esta Dirección General. De la regulación contenida en la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades resulta de forma absolutamente incontestable que la provisión de dichas reservas es meramente contingente pues depende de determinadas circunstancias no obligatorias para la sociedad.

Así, la regulación contenida en el artículo 25 (comprendido dentro del capítulo V, reducciones en la base imponible), en lo que se refiere a la reserva de capitalización para las sociedades que deseen acogerse al beneficio de reducción en la base a que el mismo se refiere: «… Los contribuyentes que tributen al tipo de gravamen previsto en los apartados 1 o 6 del artículo 29 de esta Ley tendrán derecho a una reducción en la base imponible del 10 por ciento del importe del incremento de sus fondos propios, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:…b) Que se dote una reserva por el importe de la reducción, que deberá figurar en el balance con absoluta separación y título apropiado y será indisponible durante el plazo previsto en la letra anterior.»

De igual modo ocurre con la denominada reserva de nivelación de bases imponibles a que se refiere el artículo 105 (comprendido dentro del capítulo XI, incentivos fiscales para las entidades de reducida dimensión), cuando afirma en relación a las entidades a que el mismo se refiere que: «… podrán minorar su base imponible positiva hasta el 10 por ciento de su importe… El contribuyente deberá dotar una reserva por el importe de la minoración a que se refiere el apartado 1 de este artículo…»

De la regulación expuesta resulta de forma indiscutible el carácter voluntario y contingente de las reservas a que se refiere la presente cuya dotación, en consecuencia, no es deducible del beneficio obtenido a los efectos del artículo 274 de la Ley de Sociedades de Capital ni del artículo 348 bis del mismo cuerpo legal por lo que no procede sino la desestimación del recurso.

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 Farrin Sanmartín de fecha 4 de junio 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 septiembre de 2019 (1.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.

Resolución de 12 de septiembre de 2019 (2.ª)

En el expediente 111/2019 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Servicios Integrales de Fincas de Andalucía, S.L.».

HECHOS

I

Don D. R. C., letrado, actuando por cuenta de don M. M. M., presentó un escrito de fecha 15 de abril de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Sevilla, en el que solicitó, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio su representado de «Servicios Integrales de Fincas de Andalucía, S.L.», el nombramiento de un experto para que proceda a la determinación del valor razonable de las participaciones como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación.

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

a) Que el día 28 de julio de 2017 la sociedad acordó aprobar las cuentas anuales del ejercicio 2016 así como la aplicación del resultado íntegramente a reservas. Que el día 20 de julio de 2017 notificó a la sociedad el ejercicio de su derecho de separación al amparo del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. La sociedad acusó recibo del ejercicio del derecho de separación y, no aceptando la propuesta de valoración de las participaciones que realizaba el socio, se acuerda que la valoración sea llevada a cabo por determinada sociedad de auditoría.

b) Que el día 24 de abril de 2018 la sociedad le remitió un informe de valoración llevado a cabo por la citada sociedad de auditoría. Que ante la existencia de errores en el informe la sociedad le remitió nuevo informe el día 17 de julio de 2018 consignando en entidad bancaria el importe resultante de dicho informe, sin que la parte hoy solicitante haya retirado dicho depósito consignado por no estar conforme con la valoración realizada.

La parte remitió burofax a la sociedad en fecha 5 de diciembre de 2018 haciéndole saber su disconformidad.

c) Que la sociedad ha procedido a reducir el capital social de la sociedad tras la consignación de la cantidad liquidatoria a pesar de no existir acuerdo de esta parte y a pesar de que siempre ha mostrado su disconformidad con el contenido del informe de la sociedad de auditoría. Que la inscripción se ha llevado a cabo a pesar de la dicción del artículo 208 del Reglamento del Registro Mercantil.

d) Que no existiendo a la fecha de la solicitud acuerdo sobre el valor razonable de las participaciones sociales y estando acreditada en el expediente es por lo que se solicita la designación de experto independiente al amparo del 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: [10] Que el solicitante no ostenta la cualidad de socio de la sociedad por lo que carece de legitimación. Que siendo cierto que en su día ostento dicha cualidad ya no la ostenta en la actualidad al haberse otorgado, como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación, escritura pública de reducción de capital con amortización de participaciones ante el notario de Barcelona don Miguel Tarragona Coromina en fecha 20 de noviembre de 2018 que fue inscrita en el Registro Mercantil de Sevilla el día 18 de enero de 2019. 2.º Que el ejercicio del derecho de separación ha conllevado la valoración de las participaciones por la sociedad de auditoría designada de común acuerdo, el ofrecimiento y posterior consignación del importe correspondiente y la reducción del capital por amortización de participaciones. 3.º Que ejercitado el derecho de separación el socio ofreció una propuesta de valoración y, para el caso de no ser aceptada, la propuesta de que fuese llevada a cabo la valoración por determinada sociedad de auditoría y si esta no fuese aceptada por el procedimiento de designación por registrador. Que efectivamente la sociedad no aceptó la propuesta de valoración pero si la de que fuese determinada sociedad de auditoría la que llevase a cabo la valoración lo que fue ratificado por el solicitante a quien, con posterioridad, se notificó la propuesta de servicios de la sociedad de auditoría. Que de la documentación que consta en el expediente resulta tanto la aceptación de la persona de la sociedad de auditoría como del método de valoración. Que advertidos determinados errores por el socio separado se solicitó de la sociedad un nuevo informe de auditoría referido a fecha determinada. Que recibido el nuevo informe y resultando la valoración de la sociedad se notificó al socio la valoración correspondiente a sus participaciones poniendo a su disposición cheque bancario por el citado importe. Transcurrido el plazo de dos meses la sociedad procedió a la consignación en entidad bancaria del importe y a notificarlo al socio separado, tras lo cual se otorgó la oportuna escritura pública y se procedió a la inscripción en el Registro Mercantil. 4.º Que el procedimiento del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital resulta del todo improcedente al establecer tres sistemas no cumulativos sino excluyentes de modo que establecida una opción no cabe acudir al resto. Que aceptada por ambas partes que la valoración se llevase a cabo por una sociedad de auditoría es el valor determinado por esta el que prevalece aun cuando no cubra las expectativas del socio separado. Que en consecuencia el derecho del socio a solicitar la designación de experto ha decaído desde que ambas partes acordaron que la valoración fuese llevada a cabo por la sociedad de auditoría.

III

El Registrador Mercantil de Sevilla núm. 3, don Juan Ignacio Madrid Alonso dictó resolución en fecha 22 de mayo de 2019 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 por haber sido ya llevada a cabo dicha valoración por el experto designado por las partes.

IV

Don D. R. C., letrado, actuando por cuenta de don M. M. M., por escrito de fecha 4 de junio de 2019, que tuvo entrada el día 6 inmediato posterior en el Registro Mercantil de Sevilla, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos (resumidamente): Que el registrador no ha interpretado correctamente la documentación que obra en el expediente. Que en la notificación que el socio realizó a la sociedad notificando el ejercicio de su derecho de separación propuso como posible determinada valoración, así como la posibilidad de encargar la valoración a determinada sociedad de auditoría y, en caso de desacuerdo, acudir al procedimiento de designación de experto por el registrador mercantil. Que la sociedad procedió a la firma de un contrato con la sociedad otorgando un carácter vinculante a la valoración que se llevase a cabo cerrando al socio las otras vías que la ley le proporciona para determinar el valor razonable de sus participaciones. Que el socio nunca ha renunciado a su derecho a designar a un experto independiente como resulta del expediente. Que cuando el socio notificó a la sociedad el ejercicio de su derecho de separación con propuesta de que se designase a determinada sociedad de auditoría no estaba sujetándose con carácter vinculante a la valoración que esta llevase a cabo por cuyo motivo no firmó el acuerdo de encargo a la sociedad de auditoría. Que en cualquier caso la sociedad ha incumplido la previsión del artículo 356 de la Ley de Sociedades de Capital. Que se reitera la solicitud de designación de experto independiente al no quedar agotadas las vías previstas por el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital. Que del conjunto de la documentación aportada resulta la actuación de mala fe de la sociedad. Que la sociedad, para poder inscribir la reducción de capital, ha abonado el impuesto correspondiente sin consentimiento del socio causándole un perjuicio lo que confirma su actuación maliciosa, su voluntad absolutamente contraria de que se lleve a cabo una nueva valoración y el hecho de que hay algo que se oculta por parte de la sociedad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; artículos 346, 348, 348 bis, 349 y 353 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital; y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil; las sentencias del Tribunal Supremo 32/2006, de 23 de enero y 63/2011, de 28 de febrero; y las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de enero de 2011, 4 de febrero de 2013, 25 de julio, 17 de septiembre y 3 de noviembre de 2014, 21 de enero y 14 de mayo de 2015, 20 de septiembre, 23 de octubre, 16, 27 y 28 de noviembre, 4, 11,22 y 28 de diciembre de 2017, 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) y 28 (primera y segunda), de marzo de 2019.

1. Ejercitado el derecho de separación por parte de un socio de una sociedad de responsabilidad limitada se lleva a cabo la valoración de las participaciones sociales por medio de una sociedad de auditoría. En base al informe de auditoría emitido la sociedad procede en la forma prevista en la Ley de Sociedades de Capital y, en última instancia, consigna el importe correspondiente autorizando escritura pública de reducción de capital social con amortización de las participaciones sociales. La escritura se inscribe en el Registro Mercantil. Ahora el socio que ejerció su derecho de separación solicita del Registrador Mercantil que designe experto independiente al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital alegando, en esencia, que aun cuando dio su consentimiento a que la valoración se llevase a cabo por aquella sociedad de auditoría no lo hizo con carácter vinculante por lo que, no estando de acuerdo con la valoración realizada, opta por que la valoración se lleve a cabo por otro experto independiente. El registrador desestima la solicitud por entender que estando realizada ya la valoración no procede la designación de un nuevo experto sino la impugnación judicial de la valoración de la que se disiente. El interesado recurre.

2. Esta Dirección General de los Registros y del Notariado no puede estimar el recurso por resultar patente la falta de legitimación del solicitante. Resulta del Registro Mercantil que la sociedad ha reducido su capital y que las participaciones del socio han sido amortizadas estando la cantidad correspondiente a su disposición en una cuenta de consignación. Dispone así el artículo 20 del Código de Comercio: «El contenido del Registro se presume exacto y válido. Los asientos del Registro están bajo la salvaguarda de los Tribunales y producirán sus efectos mientras no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad». Resultando del contenido del Registro que la sociedad ha reducido su capital por amortización de las participaciones de quien en su día ejerció el derecho de separación es patente que no concurre en el solicitante la condición de socio de la sociedad, tal y como exige el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital para iniciar el procedimiento de designación de experto independiente. Procede la desestimación del recurso.

3. Ninguno de los argumentos de contrario puede enervar la conclusión anterior. En primer lugar, porque esta Dirección General no puede valorar, como pretende el recurrente, el conjunto de la documentación aportada al efecto de determinar si efectivamente existió designación de mutuo acuerdo de la sociedad de auditoría. Dicha apreciación ya ha sido efectuada en el ámbito del procedimiento registral en cuya virtud se ha llevado a cabo la inscripción de la reducción de capital de la que resulta la ausencia de la condición de socio. Si el interesado entiende que la inscripción es incorrecta o adolece de vicio de nulidad tiene a su disposición los instrumentos que le proporciona el ordenamiento jurídico en defensa de su posición jurídica. 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 tiene un carácter muy limitado. Con carácter expreso establece el artículo 363.1 del Reglamento del Registro Mercantil: «El nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil del domicilio social para la determinación del valor real de las acciones o participaciones en los casos establecidos por la Ley se efectuará a solicitud del interesado, de conformidad con lo previsto en los artículos 351 y siguientes.», refiriéndose los preceptos a que se remite a la solicitud de designación de auditor por parte del registrador mercantil. 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). Resultando del expediente administrativo que el solicitante carece en la actualidad de la condición de socio cualquier otra cuestión debe ser planteada por medio de las acciones pertinentes, pero no en el ámbito de este expediente limitado tanto por su objeto como por sus medios de conocimiento.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Sevilla núm. 3, don Juan Ignacio Madrid Alonso de fecha 22 de mayo 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 septiembre de 2019 (2.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.

Resolución de 16 de septiembre de 2019 (1.ª)

En el expediente 16/18 sobre revocación de nombramiento de auditor de la sociedad «Donovo Sur, S.L.».

HECHOS

I

Don ……, como administrador único de la sociedad «Donovo Sur, S.L.» presentó un escrito en el Registro Mercantil de Sevilla el 25 de enero de 2019 en el que manifiesta que en la junta general celebrada el 23 de enero de 2019 se adoptó el acuerdo de solicitar la revocación del nombramiento de auditor designado por el citado Registro Mercantil respecto de las cuentas anuales del ejercicio 2017, por haber devenido sin objeto la solicitud por la que se procedió al nombramiento, toda vez que el socio solicitante (la sociedad «Granja San Rafael, S.L.») vendió sus participaciones sociales de la sociedad «Donovo Sur, S.L.» al administrador único de esta sociedad el 21 de enero de 2019 (según se acredita en el expediente), el cual solicita la revocación de ese nombramiento.

II

El 27 de marzo de 2019 don ……, en representación, como administrador solidario, de la sociedad «Granja San Rafael, S.L.», se opuso a dicha pretensión alegando: 1.º) Que el nombramiento obedece a la solicitud de un socio en el ejercicio de su derecho de minoría a que fueran revisadas las cuentas anuales del ejercicio 2017; 2.º) Que si la auditoría presenta una opinión denegada por el auditor nombrado por el Registro Mercantil ha sido por causa imputable a «Donovo Sur, S.L.»: 3.º) Que el informe de auditoría remitido por el auditor a «Granja San Rafael, S.L.» al socio solicitante de la misma no hace sino ratificar lo anterior; y 4.º) Que el interés de «Granja San Rafael, S.L.», primero como socio y desde el 21 de enero de 2019, como tercero exige que en el Registro Mercantil se depositen las cuentas y el informe de auditoría para que se pueda conocer la situación real de la compañía para mayor seguridad del tráfico mercantil, pues se encuentra incursa en causa legal de disolución.

III

El Registrador Mercantil de Sevilla don Ignacio Madrid Alonso, con fecha 5 de abril de 2019, resolvió no acceder a la oposición formulada por la sociedad «Granja San Rafael, S.L.» y proceder a la revocación del nombramiento del auditor de las cuentas anuales del ejercicio 2017 de la sociedad «Donovo Sur, S.L.». Entiende, que ha decaído el derecho del socio solicitante por haber vendido sus participaciones y solicitar el administrador único (el mismo comprador) la revocación del nombramiento, por lo que no es necesario que el informe de auditoría sea puesto a disposición de los socios antes de la celebración de la junta general que apruebe las cuentas anuales del ejercicio 2017, pues la sociedad no está obligada a auditar las cuentas anuales. Y añade que ello es conforme con la doctrina sentada

al respecto por esta Dirección General de los Registros y del Notariado, entre otras en la Resolución de 25 de junio de 2014.

IV

Contra dicha resolución don ……, en representación, como administrador solidario, de la sociedad «Granja San Rafael, S.L.», interpuso recurso el 17 de junio de 2019 reiterando las alegaciones aducidas en su escrito de oposición que, en consecuencia, se dan por reproducidas. En dicho recurso afirma expresamente que la resolución del registrador se le notificó el 18 de abril de 2019, si bien según justificante de recibo emitido por el Servicio de Correos, la notificación fue entregada al destinatario el 14 de abril de 2019.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 264, 265 y 266 de la Ley de Sociedades de Capital; 112 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. 342, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil; y la Resolución de esta Dirección General de los Registros y del Notariado, entre otras en la Resolución de 25 de junio de 2014; y la Resolución de consulta por esta Dirección General de 21 de junio de 2016.

1. Debe abordarse en primer lugar en este expediente la cuestión relativa al procedimiento y al plazo de interposición del presente recurso de alzada.

Debe tenerse en cuenta que según el artículo 266.2 de la Ley de Sociedades de Capital, la solicitud de revocación del nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil se tramitará de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento del Registro Mercantil; y, según el apartado 3 del mismo artículo, «La resolución que se dicte sobre la revocación del auditor será recurrible ante el Juez de lo Mercantil».

El artículo 354.3 del Reglamento del Registro Mercantil dispone taxativamente que la decisión del Registrador Mercantil declarando la procedencia o improcedencia del nombramiento podrá recurrirse en alzada ante esta Dirección General de los Registros y del Notariado en el plazo de quince días, comenzando el cómputo de dicho plazo a partir del día siguiente a la notificación de la resolución.

De una interpretación finalista, *pro actione* y sistemática de tales preceptos debe concluirse, que el artículo 266.3 de la Ley de Sociedades de Capital no debe impedir al interesado el recurso de alzada al que se refieren los artículos 354 del Reglamento del Registro Mercantil (cfr., también 364 y 342.2 del mismo Reglamento) y 112 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Así lo ha entendido esta Dirección General en consulta de 21 de junio de 2016, según la cual frente a la revocación del nombramiento del auditor al que se refiere el artículo 266.3 de la Ley de Sociedades de Capital «… será posible un doble recurso a elección del interesado, el recurso de revisión ante el juez de lo mercantil y el recurso potestativo ante esta Dirección General por los trámites anteriormente establecidos. Y si no hay oposición el recurso del artículo 354.2 del RRM». Se añade por este Centro en la referida consulta que «… el 354.2 del RRM, infringe el principio de reserva de ley que para la solución de los conflictos entre partes proclama el artículo 117.3 de la Constitución pues la potestad de juzgar y resolver litigios entre partes, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado corresponde en exclusiva a los Jueces y Tribunales (vid. Sentencia Audiencia Provincial de Las Palmas 332/2011 de 11 de octubre) por los trámites procedimentales establecidos en la Ley. Ahora bien, esta doctrina no debe ser obstáculo para que, aunque haya oposición al expediente, dado que este, de conformidad con el artículo 17.3 de la LJV, no se transforma en contencioso, sí sea posible el recurso ante la DGRN, como ahora veremos, aunque por trámites legalmente establecidos. Igualmente, y según la misma doctrina, puede ser aplicable el artículo 354.2 del RRM, si no existiendo oposición se le denegara su derecho al solicitante, el cual podría interponer el pertinente recurso, lo que, en su caso, deberá ser tenido en cuenta en el pie de recurso en esos expedientes sin oposición». Y concluye que, en caso de oposición el plazo para resolver no será el de 15 días a que se refiere el citado artículo 354 sino el de un mes establecido en el artículo 122 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

En el presente caso es indudable que el recurso se ha interpuesto una vez vencido el plazo de un mes. No obstante, habida cuenta de que no consta en el expediente que por el registrador se haya informado al interesado de los recursos que éste podía interponer, procede entrar en el fondo del asunto debatido.

2. En relación con la cuestión sustantiva planteada, no cabe sino confirmar la resolución del registrador, toda vez que habiéndose acreditado la perdida de la cualidad de socio por el solicitante del nombramiento de auditor sin que el comprador haya solicitado el mantenimiento de dicho nombramiento (antes bien, como administrador de la sociedad ha solicitado su revocación), debe entenderse que ha decaído el interés protegible con el referido nombramiento (cfr. art. 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital), y así resulta de lo afirmado por esta Dirección General en Resolución de 25 de junio de 2014, según la cual «En ambos casos la desaparición del interés protegible hace inviable la continuación del procedimiento ya iniciado o el mantenimiento de un nombramiento realizado en base a un derecho reconocido y renunciado. Por la misma razón cuando el socio instante ha dejado de serlo decae el procedimiento y procede el archivo del expediente siempre que aquella circunstancia quede debidamente acreditada y el adquirente, en su caso, muestre su voluntad de no continuar el procedimiento (Resoluciones de 16 de septiembre de 2009 y 7 de octubre de 2013 en materia de auditores)».

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso el recurso de alzada interpuesto por don ……, en representación, como administrador solidario, de la sociedad «Granja San Rafael, S.L.»contra la resolución dictada por el Registrador Mercantil de Sevilla don Ignacio Madrid Alonso el fecha 5 de abril de 2019, por la que no accedió a la oposición formulada por aquella y procedió a la revocación del nombramiento del auditor de las cuentas anuales del ejercicio 2017 de la sociedad «Donovo Sur, S.L.».

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución 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 septiembre de 2019 (1.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.

Resolución de 16 de septiembre de 2019 (2.ª)

En el expediente 119/2019 sobre nombramiento de auditor excepcional a instancia de la sociedad «Basell Iberica Poliolefinas Holdings, S.L.».

HECHOS

I

Por escrito de fecha 19de junio de 2019, con entrada en este Ministerio el día 20 del mismo mes y año, el Registrador Mercantil de Barcelona XVI, don Francisco Javier González del Valle García, 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 «Basell Iberica Poliolefinas Holdings, 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 22 de mayo de 2019, formulada por ……, en nombre y representación de la mercantil solicitante, en su condición de administrador único de la misma; oficio del registro mercantil y contestación 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. Asimismo, forma parte del expediente el informe de fecha 19 de junio de 2019 del Registrador Mercantil de Barcelona XVI, don Francisco Javier González del Valle García, 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.

III

De la solicitud inicial de nombramiento de auditor de fecha 22 de mayo de 2019, dirigida al registro mercantil de Barcelona, formulada por don ……, en nombre y representación de la mercantil solicitante, en su condición de administrador único de la misma, al amparo del artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 del Reglamento del Registro Mercantil, en especial, y tras el oportuno oficio del registro mercantil y contestación al mismo, el artículo 356 del expresado Reglamento, y según manifiesta el interesado, resultan, en esencia, las siguientes circunstancias especiales que justificarían, según su criterio, el nombramiento excepcional de auditor de las cuentas anuales de la sociedad para el ejercicio social en cuestión en persona determinada:

1.º Que la sociedad está legalmente obligada a formular cuentas anuales e informe de gestión consolidados, cuya auditoría está encomendada a «Pricewaterhousecoopers Auditores, S.L.P.».

2.º Que «Basell Poliolefinas Ibérica, S.L.» sociedad perteneciente al mismo grupo, e íntegramente participada por «Basell Iberica Poliolefinas Holdings, S.L.» tiene encomendada la auditoría de sus cuentas también a «Pricewaterhousecoopers Auditores, S.L.P.».

3.º A tal fin, adjunta copia de las cuentas consolidadas del ejercicio 2017 de «Basell Iberica Poliolefinas Holdings, S.L.», como documento núm. 1, y copia del nombramiento de «Pricewaterhousecoopers Auditores, S.L.P.» como auditor de la compañía «Basell Poliolefinas Ibérica, S.L.», sociedad integrante del grupo español, como documento núm. 2.

4.º Por todo lo anterior, a tenor del escrito inicial y de la contestación del solicitante al oficio del registro mercantil, y dadas las especiales circunstancias del presente supuesto y, en virtud de lo recogido en el artículo 356 del Reglamento del Registro Mercantil, solicita que el nombramiento recaiga en la entidad «Pricewaterhousecoopers Auditores, S.L.P.» como auditor de cuentas del ejercicio 2018, toda vez que dicha entidad tiene encomendada la auditoría de la mercantil solicitante y, asimismo, «Basell Poliolefinas Ibérica, S.L.», sociedad perteneciente al mismo grupo, e íntegramente participada por la solicitante, ««Basell Iberica Poliolefinas Holdings, S.L.» tiene encomendada la auditoría de sus cuentas también a «Pricewaterhousecoopers Auditores, S.L.P.», adjuntando la documentación al efecto; instando del registro mercantil proceda a elevar a la Dirección General de los Registros y del Notariado su solicitud para que, de conformidad con la excepción contenida en el

artículo 356 del RRM, nombre a la firma de auditoría expresada, como auditor de cuentas anuales de la sociedad para el ejercicio 2018.

Junto con el escrito de solicitud, acompaña el solicitante los documentos que estima pertinentes.

IV

Por su parte, el Registrador Mercantil de Barcelona XVI, Francisco Javier González del Valle García, emite informe de fecha 19 de junio de 2019 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 concurrir presupuestos reveladores de volumen económico significativo, que la sociedad «Pricewaterhousecoopers Auditores, S.L.P.» ha confeccionado varios análisis de la sociedad ««Basell Iberica Poliolefinas Holdings, S.L.» (Sociedad Unipersonal) lo que determina por la sociedad auditora un adecuado conocimiento de las circunstancias contables de la mercantil solicitante y que la auditoría de las cuentas anuales consolidadas del grupo al que pertenece la sociedad ««Basell Iberica Poliolefinas Holdings, S.L.» (Sociedad Unipersonal) de los ejercicios 2012 a 2017 ha sido realizada por la firma auditora «Pricewaterhousecoopers Accountants, N. V.»

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 excep-

cional de nombramiento de auditor de cuentas para el ejercicio 2018, y que no se reiteran por haber sido ya reproducidas a lo largo de esta resolución.

3. Por su parte, el Registrador Mercantil de Barcelona XVI, don Francisco Javier González del Valle García, emite informe de fecha 19 de junio de 2019, del que se deduce que puede entenderse justificada la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor para la verificación contable del ejercicio 2018, 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 19 de junio de 2019 emitido por el Registrador Mercantil de Barcelona XVI, don Francisco Javier González del Valle García, resulta la concurrencia de circunstancias especiales que justifican la inaplicación del procedimiento ordinario de nombramiento de auditor para la verificación contable del ejercicio 2018 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 2018 sea hecha por la misma auditora ya encargada para la revisión de las mismas que, además, según se deduce del expediente, ya ha elaborado trabajos de auditoría en ejercicios anteriores para la misma solicitante y que es la misma auditora encargada de elaborar las cuentas anuales consolidadas del grupo a que pertenece «Basell Iberica Poliolefinas Holdings, S.L.» durante los ejercicios 2012 a 2017, lo que determina por la sociedad auditora un adecuado conocimiento de las circunstancias contables de la mercantil solicitante, así como del marco regulatorio de su actividad; 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 «Basell Iberica Poliolefinas Holdings, S.L.», 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 XVI, don Francisco Javier González del Valle García, a nombrar a «Pricewaterhousecoopers Auditores, S.L.P.», inscrita en el Registro Mercantil de Madrid, hoja M-7250-, y en

el ROAC con el núm. S0242, 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 XVI 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, 16 de septiembre de 2019 (2.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.

Resolución de 18 de septiembre de 2019 (1.ª)

En el expediente 136/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Codisaves, S.L.».

HECHOS

I

Doña ……, presentó escrito de fecha 20 de marzo de 2019 dirigido al Registro Mercantil de La Rioja, en el que tuvo su entrada el día 25 del mismo mes, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5 % del capital social de «Codisaves, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

La Registradora Mercantil de La Rioja, doña María Celia Meneses Martínez, califica negativamente tal solicitud al adolecer del defecto subsanable de falta de acreditación de la titularidad de las participaciones indicadas en la solicitud.

La solicitante atiende dicha solicitud mediante escrito de 6 de mayo en que subsana tal omisión.

Mediante resolución de fecha 20 de mayo la Registradora Mercantil de La Rioja da traslado a la sociedad de la referida solicitud para que, si lo estima conveniente, realice las alegaciones que considere oportunas.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio mediante escrito de fecha 30 de mayo de 2019 alegando que en dicha solicitud no consta la causa de la solicitud, por lo que esta pretensión debe ser rechazada por incumplir los requisitos de la solicitud misma. Además, alega la extemporaniedad de la presentación al referirse a la fecha en que fue subsanado el defecto anteriormente indicado y no a la de la presentación de la solicitud.

III

La Registradora Mercantil de La Rioja, doña María Celia Meneses Martínez, dictó resolución en fecha 31 de mayo de 2019 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Mediante escrito suscrito el 11 de junio por doña ……, administradora de la mercantil «Gysarcal, S.L.», que a su vez es administradora única de «Codisaves, S.L.», que tuvo entrada el día 15 del mismo mes en el registro mercantil de La Rioja, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando la falta de expresión de causa en el escrito de solicitud, así como la extemporaneidad de la solicitud.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. No puede estimarse el recurso interpuesto por cuanto el motivo alegado por la sociedad no puede imponerse al derecho individual del socio a que las cuentas del ejercicio sean objeto de auditoría. El motivo alegado es la inexpresión de causa, así como la extemporaneidad de la solicitud.

2. Respecto a la primera cuestión es doctrina consolidada de esta Dirección que siendo indiscutible que nuestro ordenamiento jurídico no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo por lo que el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización de buena fe (art. 7 del Código Civil), también lo es que la apreciación de tales circunstancias resulta imposible en un procedimiento como el presente cuyo limitado conocimiento

material y competencial lo impide, sin perjuicio del derecho de los interesados a acudir a los Tribunales de Justicia en defensa de su posición jurídica (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010 y 11 de marzo de 2014, entre otras).

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

3. En el expediente que da lugar a la presente la sociedad plantea la posible inexpresión de una justa causa que ampare la solicitud. En este sentido, por lo que se refiere a la concurrencia de causas distintas de las expresadas en la instancia de solicitud, o incluso la inexpresión de dicha causa o la ausencia de una justificación no puede enervar el derecho del socio minoritario. Es constante doctrina de este Centro que, a diferencia de las solicitudes de nombramiento registral de auditor para las sociedades obligadas por ley a la verificación contable y fundadas en el artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital, en aquellas otras, exentas de esta obligación, la causa de la petición es siempre y típicamente la misma: la inexistencia de una auditoría previa. Dicha circunstancia determina la existencia de un interés protegible que se reconoce a los socios minoritarios y la consecuente atribución del derecho a solicitar que se lleve a cabo la verificación. Por ello, el artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil que articula el procedimiento para la tramitación de las solicitudes fundadas en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, no exige su expresión, de alcance puramente formal, pues, como ya se ha indicado, la inexpresión de la causa de la petición o su expresión inadecuada es intrascendente en este procedimiento de nombramiento registral de auditor a instancia de los socios minoritarios de entidades mercantiles (en este sentido pueden verse las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 12 y 23 de julio, 7 de octubre de 2010 y 11 y 31 de marzo de 2014 entre otras).

Directamente relacionado con lo anterior, el interés del socio que reclama el nombramiento de auditor no es ni puede ser objeto de valoración en el estrecho ámbito de este expediente. Como es doctrina reiterada (*vide* resoluciones de 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010, entre otras), el objeto de este procedimiento se limita a determinar si concurren o no los requisitos legales para la procedencia de nombramiento de auditor a instancia de la minoría sin que dentro de su estrecho cauce pueda pretenderse el conocimiento de otras materias reservadas a otras Administra-

ciones 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. En segundo lugar, se plantea como motivo de recurso la extemporaneidad de la solicitud. Tal motivo tampoco puede ser estimado ya que ha quedado acreditado en el presente expediente que la sociedad cierra su ejercicio social el 31 de diciembre siendo la presentación de la solicitud y, por tanto, el inicio del procedimiento registral el 25 de marzo, dentro del plazo de tres meses previsto en el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la Registradora Mercantil de La Rioja, doña María Celia Meneses Martínez, de fecha 31 de mayo 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, 18 de septiembre de 2019 (1.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.

Resolución de 18 de septiembre de 2019 (2.ª)

En el expediente 139/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Pollerías selectas Arenzana, S.L.».

HECHOS

I

Doña ……, presentó un escrito de fecha 20 de marzo de 2019 dirigido al Registro Mercantil de La Rioja, que tuvo su entrada el día 25 del mismo mes, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5 % del capital social de «Pollerías selectas Arenzana, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

La Registradora Mercantil de La Rioja, doña María Celia Meneses Martínez, califica negativamente tal solicitud al adolecer del defecto subsanable de falta de acreditación de la titularidad de las participaciones indicadas en la solicitud.

La solicitante atiende dicha solicitud mediante escrito de 6 de mayo en que subsana tal omisión.

Mediante resolución de fecha 20 de mayo la Registradora Mercantil de La Rioja da traslado a la sociedad de la referida solicitud para que, si lo estima conveniente, realice las alegaciones que considere oportunas.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio mediante escrito de fecha 30 de mayo de 2019 alegando que en dicha solicitud no consta la causa de la solicitud, por lo que esta pretensión debe ser rechazada por incumplir los requisitos de la solicitud misma. Además, alega la extemporaniedad de la presentación al referirse a la fecha en que fue subsanado el defecto anteriormente indicado y no a la de la presentación de la solicitud.

III

La Registradora Mercantil de La Rioja, doña María Celia Meneses Martínez, dictó resolución en fecha 31 de mayo de 2019 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Mediante escrito suscrito el 11 de junio por doña ……, administradora de la mercantil «Gysarcal, S.L.» que a su vez es administradora única de «Pollerías selectas Arenzana, S.L.», que tuvo entrada el día 14 del mismo mes en el Registro Mercantil de La Rioja, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando la falta de expresión de causa en el escrito de solicitud, así como la extemporaneidad de la solicitud.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. No puede estimarse el recurso interpuesto por cuanto el motivo alegado por la sociedad no puede imponerse al derecho individual del socio a que las cuentas del ejercicio sean objeto de auditoría. El motivo alegado es la inexpresión de causa, así como la extemporaneidad de la solicitud.

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

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

3. En el expediente que da lugar a la presente la sociedad plantea la posible inexpresión de una justa causa que ampare la solicitud. En este sentido, por lo que se refiere a la concurrencia de causas distintas de las expresadas en la instancia de solicitud, o incluso la inexpresión de dicha causa o la ausencia de una justificación no puede enervar el derecho del socio minoritario. Es constante doctrina de este Centro que, a diferencia de las solicitudes de nombramiento registral de auditor para las sociedades obligadas por ley a la verificación contable y fundadas en el artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital, en aquellas otras, exentas de esta obligación, la causa de la petición es siempre y típicamente la misma: la inexistencia de una auditoría previa. Dicha circunstancia determina la existencia de un interés protegible que se reconoce a los socios minoritarios y la consecuente atribución del derecho a solicitar que se lleve a cabo la verificación. Por ello, el artículo 359 del Regla-

mento del Registro Mercantil que articula el procedimiento para la tramitación de las solicitudes fundadas en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, no exige su expresión, de alcance puramente formal, pues, como ya se ha indicado, la inexpresión de la causa de la petición o su expresión inadecuada es intrascendente en este procedimiento de nombramiento registral de auditor a instancia de los socios minoritarios de entidades mercantiles (en este sentido pueden verse las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 12 y 23 de julio, 7 de octubre de 2010 y 11 y 31 de marzo de 2014 entre otras).

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

4. En segundo lugar, se plantea como motivo de recurso la extemporaneidad de la solicitud. Tal motivo tampoco puede ser estimado ya que ha quedado acreditado en el presente expediente que la sociedad cierra su ejercicio social el 31 de diciembre siendo la presentación de la solicitud y, por tanto, el inicio del procedimiento registral el 25 de marzo, dentro del plazo de tres meses previsto en el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la Registradora Mercantil de La Rioja, doña María Celia Meneses Martínez, de fecha 31 de mayo 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, 18 de septiembre de 2019 (2.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.

Resolución de 18 de septiembre de 2019 (3.ª)

En el expediente 140/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Gyarcal, S.L.».

HECHOS

I

Doña ……, presentó escrito de fecha 20 de marzo de 2019 dirigido al Registro Mercantil de La Rioja, en el que tuvo su entrada el día 25 del mismo mes, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5 % del capital social de «Gyarcal, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

La Registradora Mercantil de La Rioja, doña María Celia Meneses Martínez, califica negativamente tal solicitud al adolecer del defecto subsanable de falta de acreditación de la titularidad de las participaciones indicadas en la solicitud.

La solicitante atiende dicha solicitud mediante escrito de 6 de mayo en que subsana tal omisión.

Mediante resolución de fecha 20 de mayo la Registradora Mercantil de La Rioja da traslado a la sociedad de la referida solicitud para que, si lo estima conveniente, realice las alegaciones que considere oportunas.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio mediante escrito de fecha 30 de mayo de 2019 alegando que en dicha solicitud no consta la causa de la solicitud, por lo que esta pretensión debe ser rechazada por incumplir los requisitos de la solicitud misma. Además, alega la extemporaniedad de la presentación al referirse a la fecha en que fue subsanado el defecto anteriormente indicado y no a la de la presentación de la solicitud.

III

La Registradora Mercantil de La Rioja, doña María Celia Meneses Martínez, dictó resolución en fecha 31 de mayo de 2019 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Mediante escrito suscrito el 11 de junio por doña ……, administradora solidaria de la mercantil «Gyarcal, S.L.», que tuvo entrada el día 14 del mismo mes en el Registro Mercantil de La Rioja, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando la falta de expresión de causa en el escrito de solicitud, así como la extemporaneidad de la solicitud.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. No puede estimarse el recurso interpuesto por cuanto el motivo alegado por la sociedad no puede imponerse al derecho individual del socio a que las cuentas del ejercicio sean objeto de auditoría. El motivo alegado es la inexpresión de causa, así como la extemporaneidad de la solicitud.

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

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

de la Constitución Española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

3. En el expediente que da lugar a la presente la sociedad plantea la posible inexpresión de una justa causa que ampare la solicitud. En este sentido, por lo que se refiere a la concurrencia de causas distintas de las expresadas en la instancia de solicitud, o incluso la inexpresión de dicha causa o la ausencia de una justificación no puede enervar el derecho del socio minoritario. Es constante doctrina de este Centro que, a diferencia de las solicitudes de nombramiento registral de auditor para las sociedades obligadas por ley a la verificación contable y fundadas en el artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital, en aquellas otras, exentas de esta obligación, la causa de la petición es siempre y típicamente la misma: la inexistencia de una auditoría previa. Dicha circunstancia determina la existencia de un interés protegible que se reconoce a los socios minoritarios y la consecuente atribución del derecho a solicitar que se lleve a cabo la verificación. Por ello, el artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil que articula el procedimiento para la tramitación de las solicitudes fundadas en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, no exige su expresión, de alcance puramente formal, pues, como ya se ha indicado, la inexpresión de la causa de la petición o su expresión inadecuada es intrascendente en este procedimiento de nombramiento registral de auditor a instancia de los socios minoritarios de entidades mercantiles (en este sentido pueden verse las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 12 y 23 de julio, 7 de octubre de 2010 y 11 y 31 de marzo de 2014 entre otras).

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

4. En segundo lugar, se plantea como motivo de recurso la extemporaneidad de la solicitud. Tal motivo tampoco puede ser estimado ya que ha quedado

acreditado en el presente expediente que la sociedad cierra su ejercicio social el 31 de diciembre siendo la presentación de la solicitud, y por tanto el inicio del procedimiento registral el 25 de marzo, dentro del plazo de tres meses previsto en el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la Registradora Mercantil de La Rioja, doña María Celia Meneses Martínez, de fecha 31 de mayo 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, 18 de septiembre de 2019 (3.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.

Resolución de 26 de septiembre de 2019

En el expediente 138/2019 sobre nombramiento de experto independiente a instancia de la sociedad «Sportsnet Red Social Deportivas y de Eventos, S.L.».

HECHOS

I

Don D. S. L., como consejero de la sociedad «Sportsnet Red Social Deportivas y de Eventos, S.L.» presentó un escrito de fecha 28 de marzo de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que solicitó, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital, el nombramiento de un experto para que proceda a la determinación del valor razonable de las participaciones correspondientes a la socia doña E. T. M. como consecuencia de su exclusión de la sociedad.

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

a) Que la sociedad acordó la exclusión de la socia doña E.T.M., titular de un 19,20 % del capital social, en la junta celebrada el día 15 de enero de 2019.

Se acompaña copia del acta de junta general autorizada por el notario de Madrid don Antonio Luis Reina Gutiérrez el día 15 de enero de 2019 de la que resulta que la junta general de la sociedad se reúne, previa su convocatoria, el mismo día, con la asistencia de la totalidad del capital social declarando el presidente su válida constitución. Resulta del acta que en desarrollo del orden del día se aprueban determinados acuerdos entre los que se encuentran el de exclusión de la sociedad de la socia doña E.T.M y el de delegación de facultades para su ejecución con el voto en contra en ambos casos de esta última debidamente representada. El voto favorable representa el 80,80 % del capital social.

b) Que la sociedad intentó alcanzar un acuerdo con la socia excluida sin éxito por lo que en junta general celebrada el día 30 de enero de 2019 se acordó la adopción de las medidas necesarias para la ejecución del acuerdo de exclusión. El consejo de administración de la sociedad acordó en la misma fecha proceder a la ejecución de dichas medidas.

Se acompaña copia del acta de junta general autorizada por el notario de Madrid don Antonio Luis Reina Gutiérrez el día 30 de enero de 2019 de la que resulta que la junta general de la sociedad se reúne, con carácter universal el mismo día acordando distintas propuestas dirigidas a la ejecución del acuerdo adoptado en la junta de 15 de enero.

Igualmente se acompaña copia del acta de la reunión del consejo de administración reunido en la misma fecha y con el contenido a que se ha hecho referencia.

II

Previo traslado de la solicitud por parte del Registro Mercantil, la socia a que se refiere el acuerdo de exclusión, debidamente representada, se opuso a la pretensión del socio alegando que los hechos acaecidos en la junta general celebrada el día 15 de enero están siendo investigados por el juzgado de Instrucción núm. 4 de Madrid como consecuencia de la querella interpuesta por su parte por presuntos delitos de imposición de acuerdos abusivos, negación de derechos sociales y falsedad en documento mercantil, de donde resulta la existencia de un procedimiento penal que determina la necesidad de suspender el expediente hasta que el procedimiento penal se resuelva.

Acompaña copia de la querella criminal fechada el día 15 de marzo de 2019 y de la que resulta su imposición por los presuntos delitos de imposición de acuerdos abusivos, negación de derechos sociales y falsedad en documento mercantil con expresa solicitud de suspensión cautelar de los acuerdos adoptados en la junta general de 15 de enero de 2019 que se refieren a su exclusión de la sociedad.

Se acompaña igualmente copia del auto de 25 de abril de 2019 dictado por el Magistrado Juez don M.S.I. titular del Juzgado de Instrucción núm. 4 de los de Madrid del que resulta la admisión a trámite de la querella por la posible existencia de delito de falsificación de documentos mercantiles y la incoación de diligencias previas, con expreso rechazo de medidas provisionales.

III

El Registrador Mercantil de Madrid núm. 9, don Alberto Yusta Benach dictó resolución en fecha 10 de junio de 2019 por la que acordó inadmitir la oposición y resolver la proce-

dencia del nombramiento del experto solicitado para la determinación del valor razonable de las participaciones por cuanto no resulta acreditado que la existencia del procedimiento penal justifique la suspensión de un procedimiento en el ámbito civil ni que la eventual decisión del Tribunal pudiera tener trascendencia a efectos del expediente.

IV

Doña E. T. M., debidamente representada, por escrito de fecha 17 de julio de 2019, que tuvo entrada el 18 de julio 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 si del procedimiento penal resultase la efectiva confirmación de los delitos que resultan de la querella el nombramiento de experto se habría realizado para la valoración de unas participación como consecuencia de una exclusión basada en un acuerdo ilícito con grave perjuicio de la parte. 2.º Que sin perjuicio de lo anterior y a pesar del plazo de un año del que dispone la parte para impugnar los acuerdos adoptados, se ha presentado ante la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de España en fecha 17 de julio de 2019, solicitud de arbitraje con impugnación de los acuerdos adoptados en la junta de fecha 15 de enero de 2019, por ser aquella la forma prevista de impugnación en los estatutos sociales de la sociedad.

Acompaña al recurso escrito de solicitud de arbitraje ante la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de España, con registro de entrada, y del que resulta la solicitud de declaración de nulidad de los acuerdos adoptados por la sociedad en fecha 15 de enero de 2019 relativos a su exclusión de la sociedad.

Mediante escrito de fecha 31 de julio de 2019 la parte recurrente acompaña escrito del que resulta el ingreso de los derechos de admisión de la solicitud y el acuse de recibo.

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 350, 351, 352 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 776/2007, de 9 de julio, 2888/2013, de 27 de mayo y 314/2015 de 12 junio; y las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de octubre de 2000, 24 de noviembre y 9 de diciembre de 2014, 11 de marzo, 5 de mayo y 15 de julio de 2015, 3 de noviembre de 2017 y 23 de octubre de 2018.

1. La junta general de una sociedad de responsabilidad limitada acuerda la exclusión de una socia con participación equivalente al 19,20 % del capital social por concurrir causa legal. Solicitada por la sociedad del Registrador Mercantil la designación de experto independiente al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital, la socia excluida se opone por existir procedimiento penal abierto cuya resolución podría determinar el resultado del

expediente. El registrador rechaza la oposición por considerar que no está acreditado que dicho procedimiento penal pueda tener el efecto de suspender el procedimiento administrativo y porque no resulta su incidencia en el mismo. La interesada recurre poniendo de manifiesto su discrepancia y añadiendo que al tiempo del recurso consta interpuesta solicitud de arbitraje ante la Cámara de Comercio de España (sistema de impugnación de acuerdos prevista en los estatutos sociales), para que se declare la nulidad de los acuerdos de los que resulta su exclusión.

2. Es preciso recordar que el objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que los artículos 350 y 351 de la Ley de Sociedades de Capital prevén para que se acuerde, de acuerdo con el artículo 353, la pertinencia de nombramiento de un experto independiente que determine el valor razonable de las acciones o participaciones sociales, como consecuencia de la exclusión de un socio pero no alcanza a la resolución de controversias entre las partes que excedan de dicho objeto. La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (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).

Establecido lo anterior y como ha puesto de relieve nuestro Tribunal Supremo en su Sentencia núm. 314/2015 de 12 junio: «El derecho de exclusión es un mecanismo de protección del interés de la mayoría frente a la conducta de determinados socios que incumplan las obligaciones derivadas de su pertenencia a la sociedad (la obligación de realizar prestaciones accesorias), así como al socio administrador (que infrinja la obligación de competencia o hubiere sido condenado por sentencia firma a indemnizar a la sociedad). Junto a las causas legales de exclusión de socios, inderogables, los estatutos de la sociedad pueden ampliar el número de causas, bien porque se pactaron en la fundación de la sociedad, bien porque se incorporaron a los estatutos con el consentimiento de todos (art. 351 LSC).»

La misma sentencia pone de relieve que: «…tratándose el artículo 98 LSRL (RCL 1995, 953) (actualmente art. 350 LSC) de una norma de carácter represivo, no caben interpretaciones extensivas de la misma…»

2. Precisamente por lo limitado del objeto del presente expediente administrativo es preciso analizar las consecuencias que en el mismo se producen en el caso de que con anterioridad o durante su tramitación Jueces o Tribunales entren al conocimiento de la cuestión de fondo que sirve de fundamento a la solicitud al registrador mercantil.

En términos generales, 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.

3. Por lo que se refiere a la litispendencia penal alegada por la sociedad recurrente, 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: «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.»

Como se deduce del precepto transcrito, la existencia de un procedimiento penal entre las partes sólo puede acarrear la suspensión del procedimiento cuando se acredite su existencia, así como que la resolución pueda tener afección en la que haya que dictarse.

Dicha doctrina es plenamente coherente con la que el Tribunal Supremo tiene establecida en la materia (*vide* sentencia de 4 de abril de 2013), 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.

Del expediente resulta la existencia de un procedimiento penal derivado de una querella por hechos presuntamente constitutivos de delitos por falsedad

en documento societario (art. 290 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal), por imposición de acuerdos sociales abusivos (art. 291), y por negación de derechos sociales (art. 293). Dichos preceptos, complementados por los restantes que conforman el capítulo XIII del Libro II, del Código Penal dedicado a los delitos societarios, prevén exclusivamente penas de privación de libertad o de multa a quienes resulten responsables de su comisión pero no prevén consecuencia civil alguna, a diferencia de lo que resulta para otros tipos penales en los que la concurrencia de responsabilidad civil está expresamente prevista así como sus efectos (vide, el título V del libro I del Código Penal: De la responsabilidad civil derivada de los delitos y de las costas procesales). Y es lógico que así sea pues incluso cuando la existencia de los tipos delictivos resulte declarada por la sentencia no por ello ha de existir una inmediata consecuencia civil (por ejemplo, porque la participación del socio a que afecte el delito cometido sea irrelevante a los efectos de la validez de acuerdos), cuyo conocimiento corresponde al orden jurisdiccional civil. En consecuencia, no resultando efectos civiles de la mera interposición de la querella por los tipos penales a que se refieren los hechos y no habiendo dictado el juzgado de lo penal la adopción de medida cautelar alguna sólo procede la confirmación de la resolución del registrador por no concurrir el requisito establecido en segundo lugar en el artículo 40.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

4. Ahora bien, en trámite de recurso, la socia excluida por los acuerdos sociales de continua referencia aporta al expediente copia de la solicitud de arbitraje de cuyo contenido resulta la solicitud de su declaración de nulidad.

Como se ha puesto de manifiesto más arriba, es doctrina reiterada de esta Dirección General de los Registros y del Notariado que debe acordarse la suspensión del procedimiento administrativo de designación de experto o auditor cuando resulte debidamente acreditado que el conocimiento de la cuestión de fondo se está llevando a cabo por los Tribunales de justicia.

Esta doctrina se confirma por la reciente Ley 15/2015, de 2 julio, de Jurisdicción Voluntaria que 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 afirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.ª,198/2018 de 28 de marzo: «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. 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).

En el expediente que da lugar a la presente ambas circunstancias quedan debidamente acreditadas pues resulta tanto la existencia de una solicitud de arbitraje (sistema establecido en los estatutos sociales para la impugnación de acuerdos sociales), como que se solicita la declaración de nulidad del acuerdo de exclusión. Resulta patente que la estimación de la solicitud de declaración de nulidad dejaría vacía de contenido la solicitud de nombramiento de experto independiente al suprimir su fundamento legal (*vide* arts. 352.1 y 353 de la Ley de Sociedades de Capital).

Procede en consecuencia que está Dirección General se pronuncie del modo siguiente:

a) Se desestima el recurso por el motivo de existencia de procedimiento penal acreditado en el expediente.

b) Se estima la solicitud de suspensión del procedimiento por concurrencia de litispendencia civil por constar acreditado en los términos del artículo 6 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria la existencia de un procedimiento de naturaleza civil cuya resolución puede incidir en la del expediente administrativo.

c) Se acuerda la devolución del expediente al Registrador Mercantil de Madrid núm. 9 a fin de que proceda a resolver su suspensión hasta que recaiga resolución firme en la cuestión que está siendo objeto de conocimiento por la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de España (*vide* art. 43 de la Ley 60/2003, de 23 diciembre, de Arbitraje).

Lo que, con devolución del 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 septiembre de 2019.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.

Resolución de 27 de septiembre de 2019 (1.ª)

En el expediente 123/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Alquimaison Socimi, S.A.».

HECHOS

I

Doña …… presentó escrito de fecha 11 de febrero de 2019 dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 18 de febrero de 2019, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 del Reglamento del Registro Mercantil, en su condición de socia y como titular de más del 5 % del capital social de «Alquimaison Socimi, S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

Con el anterior escrito de solicitud se acompañan los documentos que se estiman pertinentes.

II

Por oficio de fecha de 20 de febrero de 2019, la Registradora Mercantil de Madrid I, doña Isabel Adoración Antoniano González, requiere a la solicitante, para continuar con la tramitación del expediente que aclarase el precepto legal en el que fundamentaba la solicitud de nombramiento de auditor, al tratarse de una SOCIMI y, por tanto, sociedad obligada a verificación contable. Mediante escrito presentado en el registro el día 27 de febrero de 2019, se da cumplimiento al requerimiento efectuado rectificando la instancia inicial

solicitando el nombramiento de un auditor de cuentas para el ejercicio 2018 de conformidad con lo dispuesto en el artículo 265.1 LSC.

III

Dicho escrito inicial de solicitud, así como la documentación complementaria, es notificado a la mercantil por medio de oficio de fecha 12 de marzo de 2019, formulando oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito que tuvo su entrada en el Registro Mercantil el día 21 de marzo de 2019 suscrito por don ……, en su condición de representante persona física del administrador persona jurídica de la mercantil «Alquimaison Socimi, S.A.». En dicho escrito de oposición se alega, en esencia y según se deduce del mismo:

1. Inexistencia de la obligación de verificación de cuenta anuales por auditor, al no darse los requisitos que al efecto establece el artículo 263 de la Ley de Sociedades de Capital.
2. Falta de legitimación de la solicitante por litispendencia de su participación en el capital social de la sociedad, al estar discutida en sede civil y penal la participación que alega tener la solicitante en el capital social de la sociedad «Alquimaison Socimi, S.A.». Manifestando, asimismo, la transmisión de la totalidad de acciones de la propia Sra. …… en el capital social de «Alquimaison Socimi, S.A.» por medio de donación a sus hijos a través de apoderado, transmisión objeto de la litis.
3. Que la solicitud de auditor se ha hecho en este punto con el interés de hacer incurrir a las sociedades del grupo familiar en gastos innecesarios.

Como consecuencia de lo anterior, solicita del registro mercantil que, denegando la solicitud formulada a instancia de la Sra. ……, proceda a dar traslado de su escrito de oposición en el que pone de manifiesto la no necesidad de verificación de cuentas anuales de la sociedad por auditor y dejar en suspenso la tramitación del expediente en cuestión hasta que los Juzgados y Tribunales correspondientes resuelvan sobre la titularidad de la Sra. …… sobre las acciones de la sociedad.

Con el indicado escrito de oposición, se acompaña la documentación que se estima pertinente.

IV

Doña …… dirige escrito de fecha 8 de mayo de 2019 al registro mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el 9 de mayo del mismo año, en el que viene a manifestar que «efectivamente existe demanda civil de nulidad de esta donación», entre otras, las acciones representativas de su participación en el capital social de «Alquimaison Socimi, S.A.», pero que no se discute en dicho pleito la titularidad de su porcentaje en el capital social, sino la donación fraudulenta que sobre esas acciones ha realizado su marido en favor de sus tres hijos. Acompaña la documentación que estima pertinente y reitera su solicitud de nombramiento de auditor al amparo del 256.1 LSC.

V

La Registradora Mercantil de Madrid I, doña Isabel Adoración Antoniano González, dictó resolución de fecha 17 de mayo de 2019 por la que acordó estimar la solicitud de

nombramiento de auditor solicitado para el ejercicio 2018 de la sociedad «Alquimaison Socimi, S.A.», al no desvirtuar la sociedad afectada la concurrencia de los requisitos formales a valorar por el registrador.

En concreto, por una parte, viene a establecer que no se ha desvirtuado la condición de Sociedad Anónima Cotizada de Inversión en el Mercado Inmobiliario y, en consecuencia, su condición de sociedad obligada a verificación contable, ya que, la Disposición Adicional Primera de la Ley 22/2015 de 20 de julio de Auditoría de Cuentas describe, en su apartado 1, los supuestos de auditoría obligatoria, en los que se incluyen las sociedades cotizadas y, por consiguiente, las Sociedades Anónimas Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario, resultando, por tanto, de aplicación, la previsión del artículo 265.1 LSC. Asimismo, expresa la resolución registral, examinada la abundante documentación aportada junto al escrito de oposición, no resulta tampoco desacreditada documentalmente la condición de socia de la Sra. …

VI

Don ……, en su condición de administrador único de la mercantil «Alquimaison Socimi, S.A.», interpuso recurso gubernativo *(sic)*, ante esta Dirección General contra la anterior resolución de fecha 17 de mayo de 2019. En dicho escrito reitera los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos, a lo que añade que la registradora «ha decidido nombrar auditor de cuentas al dar por hecho que la Sociedad está obligada a la verificación de sus cuentas según lo dispuesto en Disposición Adicional Primera de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, según la cual deben auditar sus cuentas de forma obligatoria, las sociedades "que emitan valores admitidos a negociación en mercados secundarios oficiales de valores o sistemas multilaterales de negociación". Ello resulta un tanto sorprendente ya que la Sociedad no ha emitido valores admitidos a negociación en mercados secundarios oficiales de valores. Más sorprendente resulta el hecho de que esta circunstancia es fácilmente comprobable ya que los mercados secundarios oficiales de valores son públicos y la información sobre las sociedades cotizadas también lo es».

Por todo lo anterior, viene a solicitar de este Centro Directivo que, dejando sin efecto la resolución recurrida proceda a dejar en suspenso la tramitación del expediente en cuestión hasta que los Juzgados y Tribunales correspondientes resuelvan sobre la titularidad de las acciones, así como la legitimidad la Sra. …… y, de forma subsidiaria, y sólo para el caso de que se deniegue la anterior, acuerde la acumulación de los expedientes correspondientes a las sociedades «Participaciones Empresariales de Levante, S.A.», «Round Robin Inversiones, S.L.» y «Ventesur, S.L.» y se proceda a nombrar un único auditor para todos ellos.

Con el escrito de recurso acompaña el recurrente la documentación que estima pertinente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 35, 88, 89, 98, 108, 117, 120, 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 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 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital prevé para que se acuerde la pertinencia de nombramiento de auditor a instancia de un socio. Así, el artículo citado dispone que «Cuando la junta general no hubiera nombrado al auditor antes de que finalice el ejercicio a auditar, debiendo hacerlo, o la persona nombrada no acepte el cargo o no pueda cumplir sus funciones, los administradores y cualquier socio podrán solicitar del Registrador Mercantil del domicilio social la designación de la persona o personas que deban realizar la auditoría». Por tanto, la competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones o conflictos entre los socios interesados, que se desprenden de los escritos de alegaciones y de contestación al mismo, 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. Como ha reiterado la Dirección General de los Registros y del Notariado (así, en 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 otras), procede la suspensión del procedimiento cuando se está discutiendo en vía judicial su legitimación, bien porque se discuta su condición de socio, como es el caso que nos ocupa, dado que, dependiendo del resultado de los procesos no ya será titular o no de un determinado porcentaje de acciones, sino que, directamente, será o no socia –condición exigida por el artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital–, al desprenderse del expediente que la transmisión objeto de litis afecta la totalidad de sus acciones en la sociedad en cuestión, bien para discutir si el solicitante es titular de participaciones concretas, bien para determinar si el solicitante es titular de un porcentaje sobre un conjunto de ellas bien porque se discuta el porcentaje de participación en el capital social consecuencia de la impugnación de acuerdos sociales relativos a la ampliación de capital adoptados en junta general, lo que podría afectar al porcentaje del que fuera efectivamente titular la solicitante, a tenor del resultado del proceso. Por tanto, en este sentido, bien se considere que la sociedad está obligada a verificación y sea de aplicación el artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital, bien se considere no obligada y de aplicación el artículo 265.2 de la misma Ley, lo cierto es que al estar en discusión la propia titularidad de, no sólo de un porcentaje de acciones en el capital, si no su propia condición de socia en la mercantil, procedería la misma solución.

Así, el hecho de que el conocimiento de la cuestión debatida estuviera siendo ejercitada por los Tribunales impediría un pronunciamiento en tanto no existiese una resolución judicial firme al respecto. En el presente caso se está

discutiendo la validez o nulidad de determinadas escrituras de donación por virtud de las cuales se donó, según se manifiesta, y reconoce la propia instante en el expediente, el total porcentaje de acciones representativas del capital social, lo cual podría afectar no sólo al porcentaje del que es efectivamente titular, sino a su propia condición de socia, si su porcentaje es equivalente a «0», lo que le privaría de la legitimación exigida conforme al artículo 265.1 citado. Lo anterior, a pesar de lo expresado por la solicitante en su escrito de contestación a la oposición, en el que manifiesta que efectivamente existe demanda civil de nulidad de esta donación, entre otras, las acciones representativas de su participación en el capital social de «Alquimaison Socimi, S.A.», pero que no se discute en dicho pleito la titularidad de su porcentaje en el capital social, sino la donación fraudulenta que sobre esas acciones ha realizado su marido en favor de sus tres hijos; esto es, no se puede manifestar al tiempo que se donaron las acciones representativas del capital social y a la vez manifestar que no se discute en el pleito su titularidad de porcentaje en el capital social y, por tanto, su condición de accionista, que lo que se discute es la donación fraudulenta que sobre esas acciones ha realizado su ex marido en favor de sus tres hijos, dado que las escrituras de donación están siendo discutidas judicialmente, y no se puede pretender que ello no afecte, en su caso, a la titularidad de las propias acciones y su condición de socia.

El hecho de que el conocimiento de la cuestión debatida esté siendo ejercitada por los Tribunales impide un pronunciamiento en tanto no exista una resolución judicial firme al respecto.

En el caso presente, acreditado en el expediente que existe litispendencia tanto penal como civil o, al menos, civil en torno a la legitimación de la solicitante por haberse planteado ante el Juzgado competente querella y demanda sobre la validez o nulidad de las escrituras de donación por las que, según manifiesta, su ex marido donó a sus hijos, entre otras, las acciones representativas de la sociedad en cuestión, procede declarar en suspenso la tramitación del expediente hasta que la exigida legitimación haya sido definitivamente aclarada mediante sentencia firme dictada en el procedimiento correspondiente, en el entendimiento de que, si se declara en sede judicial la improcedencia o no de las demandas entabladas sobre validez o nulidad de las escrituras de donación en cuestión, se procedería al nombramiento de auditor solicitado o, en su caso, a la desestimación de la solicitud planteada.

En resumen, resultando del expediente la existencia de procedimientos judiciales que, de prosperar en beneficio de la peticionaria, determinarían la existencia de un interés protegible en los términos del artículo 265.1 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital procede la suspensión del procedimiento en tanto no recaiga sentencia firme de la que resulte la concurrencia o no del requisito de legitimación alegado por la parte solicitante y al que se opone la sociedad.

3. En cuanto al motivo de alegación basado en el coste económico que la petición comporta para la sociedad, esto es, que la solicitud de auditor se ha

hecho en este punto con el interés de hacer incurrir a las sociedades del grupo familiar en gastos innecesarios, es cuestión sobre la que este Centro Directivo también ha tenido ocasión de pronunciarse en numerosas ocasiones. Así, alegaciones como las relativas a la situación económica de la sociedad, falta de tesorería para hacer frente a la auditoría, costes de la verificación contable, integrados esencialmente por el importe de los honorarios profesionales o, como es el presente caso, la expresa alegación de gastos innecesarios que la petición comportaría para la sociedad (art. 267 de la Ley de Sociedades de Capital), no puede ser estimada, pues de acuerdo con el artículo 265 del mismo texto legal, dichos costes corren a cargo de la sociedad. Como ha reiterado este Centro (resoluciones de 27 de febrero de 2013, 31 de enero de 2014, 16 de marzo de 2016, 8 y 12 de julio de 2016, entre otras, y como más recientes) el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital no deja margen a la interpretación, por lo que con independencia de cuales sean las condiciones económicas de la sociedad y el perjuicio económico alegado, se impone el derecho individual del socio a conocer el estado contable de la sociedad y a su verificación por auditor nombrado por el Registro Mercantil; extremo que, por otra parte, es reconocido por el propio recurrente en el primer inciso del punto 4 de su escrito de oposición.

En su virtud, esta Dirección General resuelve revocar la resolución de la Registradora Mercantil de Madrid I, doña Isabel Adoración Antoniano González, dictada con fecha 17 de mayo de 2019, por la que acordaba estimar la solicitud de nombramiento de auditor solicitado para el ejercicio 2018, y suspender el procedimiento de nombramiento de auditor solicitado por doña ……, en los términos expresados en 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, 27 de septiembre de 2019 (1.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.

Resolución de 27 de septiembre de 2019 (2.ª)

En el expediente 124/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Herederos de Paz Figueroa, S.L.».

HECHOS

I

Don …… presentó escrito inicial dirigido al Registro Mercantil de Tenerife en el que tuvo su entrada el día 25 de marzo de 2019, así como posteriores contestaciones a los requerimientos efectuados por dicho registro mercantil en los que viene a solicitar, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, como titular, según manifiesta, de más del 5 % del capital social de «Herederos de Paz Figueroa, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

II

Trasladada la documentación de la que resultaba la solicitud, la mercantil formula oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito que tuvo su entrada en el Registro Mercantil el día 30 de abril de 2019, suscrito por don ……, en su condición de letrado, actuando en nombre y representación de la mercantil «Herederos de Paz Figueroa, S.L.». En dicho escrito de oposición se alega, en esencia, falta de legitimación del solicitante por litispendencia.

III

La Registradora Mercantil de Tenerife, doña Ana Margarita López Rubio, dictó resolución de fecha 29 de mayo de 2019 por la que acordó dejar en suspenso el nombramiento de auditor de la sociedad en cuestión «hasta que se ponga de manifiesto en el expediente con la presentación de la correspondiente resolución judicial y las disposiciones que respecto a las participaciones sociales pueda adoptar el juez».

IV

Don …… y otros interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección General contra la anterior resolución de fecha 29 de mayo de 2019, alegando que, a pesar de la pendencia del procedimiento, tienen condición de socios por título de sucesión hereditaria conforme al artículo 110 de la Ley de Sociedades de Capital.

Por todo lo anterior, solicitan de este Centro Directivo revocar la resolución recurrida y proceder al nombramiento de auditor de cuentas conforme a lo solicitado en su escrito inicial.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 35, 88, 89, 98, 108, 117, 120, 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 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.

Único. Como ha reiterado la Dirección General de los Registros y del Notariado (así, en 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 otras), procede la suspensión del procedimiento cuando se está discutiendo en vía judicial su legitimación, bien porque se discuta su condición de socio, bien para discutir si el solicitante es titular de participaciones concretas, bien para determinar si el solicitante es titular de un porcentaje sobre un conjunto de ellas, bien porque se discuta el porcentaje de participación en el capital social consecuencia de la impugnación de acuerdos sociales relativos a la ampliación de capital adoptados en junta general, supuestos, todos los cuales, podrían afectar al porcentaje del que es efectivamente titular el solicitante, a tenor del resultado del proceso.

El hecho de que el conocimiento de la cuestión debatida esté siendo ejercitada por los Tribunales impide un pronunciamiento en tanto no exista una resolución judicial firme al respecto.

Así lo entiende expresamente la 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. 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 artículo 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.»

En el caso presente, acreditado en el expediente que existe litispendencia en torno a la legitimación del solicitante por haberse planteado ante el Juzgado competente procedimiento de liquidación de la sociedad legal gananciales, como paso previo para determinar qué bienes pertenecen al cónyuge sobreviviente y cuáles a su esposo fallecido, que serán objeto de inventario y adjudicación a los que resulten ser sus herederos, que está siendo conocida por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 del Puerto de la Cruz, autos 37/2018, procede declarar en suspenso la tramitación del expediente hasta que la exigida legitimación haya sido definitivamente aclarada mediante sentencia firme dictada en el procedimiento correspondiente que, de prosperar en beneficio del peticionario, determinaría la existencia de un interés protegible en los términos del artículo 265.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

En su virtud, esta Dirección General resuelve confirmar la resolución de la Registradora Mercantil de Tenerife II, doña Ana Margarita López Rubio dictada con fecha 29 de mayo de 2019, por la que acordaba suspender la solicitud de nombramiento de auditor para el ejercicio 2018 de la mercantil «Herederos de Paz Figueroa, S.L.», en los términos expresados en 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, 27 de septiembre de 2019 (2.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.

Resolución de 1 de octubre de 2019

En el expediente 126/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Consultores Lasevi, S.L.».

HECHOS

I

Doña …… presentó escrito de fecha 18 de marzo 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 265.2 de la Ley 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 «Consultores Lasevi, S.L.», en concreto, manifiesta ser titular del 14 % del mismo, el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

Junto con dicho escrito de solicitud acompaña:

1. Copia de la escritura de constitución de la sociedad de fecha 16 de septiembre de 2014, otorgada ante el notario don Eusebio Ruiz Ilundáin, protocolo 768.
2. Copia de la escritura de ampliación de capital social de la mercantil de fecha 27 de abril de 2015, también otorgada ante el notario don Eusebio Ruiz Ilundáin, protocolo 409.
3. Certificación de la administración social relativa al 14 % que don …… ostenta en la sociedad.
4. Copia del testamento de don …… –de vecindad civil catalana– en el que instituía su hija, la solicitante, doña ……, heredera universal, certificado de defunción y últimas voluntades del indicado don …

5.–Copia del acta de aceptación de herencia de don …… por la solicitante doña ……, otorgada el 17 de enero de 2019 ante la notario doña Mercedes Martínez Parra, protocolo 83, estando pendiente la formalización del inventario.

II

Dicho escrito es notificado en legal forma a la mercantil por resolución de 22 de abril de 2019 sin que, transcurrido el plazo legal haya formulado alegaciones.

III

El Registrador Mercantil de Madrid X, don Jesús González y Salinas, dictó resolución en fecha 13 de junio de 2019 por la que acordó proceder al nombramiento de auditor solicitado ante la ausencia de oposición y entender cumplidos por la solicitante los requisitos del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

IV

A la vista de la anterior resolución del Registro Mercantil, Doña ……, administradora única de la sociedad, presenta escrito de oposición al nombramiento de auditor por falta de legitimación activa de la solicitante; escrito fechado el 21 de junio de 2019 y que tuvo su entrada en el Registro Mercantil el 24 del mismo mes. Ante la falta ya de competencia, el Registrador Mercantil remite dicho escrito y el resto del expediente a este Centro directivo a los efectos de dictarse por éste resolución.

En dicho escrito, Doña ……, administradora única de la sociedad, se opone al nombramiento de auditor por falta de legitimación activa de la solicitante. Así, tras reconocer que el causante instituyó heredera única a la solicitante, que con fecha 17 de enero de 2019 la solicitante aceptó la herencia por la escritura referida por la misma, y que ha heredado el 14 % que en el capital social tenía el causante, sin embargo, considera que en el momento en el que presentó la solicitud todavía no ostentaba la titularidad de las referidas participaciones, dado que no efectuó inventario de la herencia en cuestión hasta el 11 de junio de 2019, lo que determina actuar sin la legitimación requerida por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

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 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 escrito planteado, al que se le da tratamiento de recurso, no puede prosperar por el motivo anteriormente alegado.

En primer lugar, no ha quedado desvirtuada la legitimidad de la solicitante pues junto con el escrito que dio lugar al inicio del expediente se acompañaron sendas copias de las escrituras de constitución de la sociedad, de la de ampliación de capital social de la mercantil, certificación de la administración social relativa al porcentaje –superior al 5 %– que el causante, don J.T.M., ostentaba en la sociedad, copia del testamento de don …… –de vecindad civil catalana– en el que instituía su hija, la solicitante, doña ……, heredera universal, certificado de defunción y de últimas voluntades del indicado don ……, y copia del acta de aceptación de herencia de don …… por la solicitante

doña ……, todo ello en los términos que resultan del antecedente I de esta resolución; aportando así un principio de prueba relativo a la legitimación de la solicitante para instar el presente expediente, en tanto que heredera única y aceptante de la herencia del causante, sin que el fondo del mismo haya sido desvirtuado por la mercantil.

Efectivamente, dicho principio de prueba no ha sido desvirtuado por la sociedad al no aportar prueba alguna que contradiga tal condición, vertiendo sólo manifestaciones relativas a que en el momento de presentación de la solicitud la heredera no ostentaba todavía la titularidad de las participaciones sociales. En este sentido, y tras reconocer que el causante instituyó heredera única a la solicitante, que con fecha 17 de enero de 2019 la solicitante aceptó la herencia por la escritura referida por la misma, y que ha heredado el 14 % que en el capital social tenía el causante, manifiesta la recurrente que, sin embargo, en el momento en el que presentó la solicitud todavía no ostentaba la titularidad de las referidas participaciones, dado que no efectuó inventario de la herencia en cuestión hasta el 11 de junio de 2019.

No obstante lo anterior, resultando acreditado en el expediente, y reconocido por los interesados, la condición de heredera única de la solicitante, su aceptación, el porcentaje de capital en el que sucede a su causante y solicitado el nombramiento dentro de los tres meses requeridos por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, no cabe sino confirmar la resolución registral. En este sentido, hay que tener en cuenta que, además, de acuerdo con los artículos 461-.3, 461- y 461-4, entre otros, de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, se desprende que la aceptación de herencia una vez hecha es irrevocable, que dicha aceptación no puede ser parcial, que el beneficio de inventario puede solicitarse tanto antes como después de aceptada la herencia y que, aun hecho el inventario con posterioridad a la aceptación el efecto del mismo, entre los efectos que la petición de inventario supone, en el caso que nos ocupa, no puede ser negar la legitimación a la solicitante por carecer la misma de la condición del requisito mínimo del 5 % en los términos expuestos.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Madrid X, don Jesús González y Salinas, de fecha 13 de junio de 2019 por la que acordó proceder al nombramiento de auditor solicitado al entender cumplidos por la solicitante los requisitos del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución 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 octubre de 2019.–El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de Madrid.

Resolución de 3 de octubre de 2019 (1.ª)

En el expediente 129/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Rentas Hoteleras Socimi, S.A.».

HECHOS

I

Doña …… presentó escrito de fecha 11 de febrero de 2019 dirigido al Registro Mercantil de Ávila, en el que tuvo su entrada el día 4 de marzo de 2019, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 del Reglamento del Registro Mercantil, en su condición de socia y como titular de más del 5 % del capital social de «Rentas Hoteleras Socimi, S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

Con el anterior escrito de solicitud se acompañan los documentos que se estiman pertinentes.

II

Por oficio del Registro Mercantil de Ávila de fecha 5 de marzo de 2019 se da traslado a la sociedad de la solicitud. La mercantil se opuso a la pretensión de la socia por medio de escrito del Consejero Delegado de la misma, don ……, suscrito el 20 de marzo de 2019 y que tuvo su entrada en el registro mercantil el 21 de marzo del mismo año, alegando, en esencia:

1.º Falta de legitimación de la solicitante por carecer de la titularidad sobre el capital social de la sociedad al haber transmitido a favor de sus cuatro hijos por medio de sendas donaciones las acciones representativas del 100 % del capital social.

2.º Falta de legitimación de la solicitante por litispendencia de su participación en el capital social de la sociedad, consecuencia de los distintos procedimientos penales y civiles

entablados por la propia solicitante con el fin de anular las donaciones anteriores, lo que supone que la titularidad de las acciones de la sociedad esté en discusión.

3.º Ejercicio abusivo de su derecho a solicitar nombramiento de auditor.

4.º Que el único interés de la solicitante no es otro que hacer a las sociedades del grupo familiar incurrir en gastos innecesarios mediante un ejercicio abusivo y en su propio interés del derecho a nombrar auditor conferido por la Ley de Sociedades de Capital.

5.º Termina su escrito de oposición solicitando del registro que deniegue la solicitud formulada a instancia de la interesada Sra. …. procediendo a dar por terminado el expediente de nombramiento de auditor o, alternativamente, suspenda dicho expediente hasta que se resuelvan los litigios pendientes que afectan a la expresada señora sobre las acciones de la sociedad.

Con el indicado escrito de oposición, se acompañan los documentos que se estiman pertinentes.

III

Por medio de oficio del Registro Mercantil de Ávila de fecha 22 de marzo de 2019 se traslada a doña ……, en tanto que solicitante del nombramiento de auditor, el escrito de oposición referido en el hecho II anterior, así como los documentos que lo acompañaban. Al anterior escrito de oposición se formulan las alegaciones que por la solicitante interesada se estiman oportunas por medio de otro de fecha 8 de mayo de 2019, y que tuvo su entrada en el Registro Mercantil de Ávila el 9 de mayo del mismo año. En dicho escrito de alegaciones, se viene a alegar, en esencia:

1.º Que, si bien las escrituras de donación están siendo discutidas en los procedimientos de referencia y que cita, no se discute la titularidad de las acciones que pertenecen a doña …

2.º Que los hechos presuntamente delictivos los constituyen, entre otros más, la nulidad de las cuatro escrituras de donación, toda vez que su ex marido don …… compareció el 16 de febrero de 2018 con un poder de ruina, en representación de doña ……, revocado notarialmente el 22 de enero de 2018 y notificado el siguiente 25, y donó la totalidad del patrimonio de «su representada» a los cuatro hijos comunes de ambos, don ……, don ……, don …… y don ……, valorado en decenas de millones de euros.

Con el expresado escrito de alegaciones, se acompañan los documentos que se estiman pertinentes.

IV

El Registrador Mercantil de Ávila, don Jesús M.ª Jiménez Jiménez, dictó resolución de fecha 27 de mayo de 2019 por la que acordó la suspensión del procedimiento de nombramiento de auditor solicitado por doña ……. En concreto, y además de resolver el resto de motivos de oposición, viene a disponer la resolución que resultando del expediente la existencia de procedimientos judiciales que, de prosperar en beneficio de la peticionaria, determinarían la existencia de un interés protegible en los términos del artículo 265.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital procede la suspensión del procedimiento en tanto no recaiga sentencia firme de la que resulte la concurrencia o no del requisito de legitimación alegado por la parte solicitante y al que se opone la sociedad.

V

A la vista de la anterior resolución, por medio de escrito de fecha 28 de junio de 2019 que tuvo su entrada en el registro mercantil el mismo día 28 de junio, la solicitante doña ……, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra la anterior resolución de fecha 27 de mayo de 2019.

De dicho escrito de recurso resultan, en esencia, los siguientes hechos y alegaciones *(sic)*:

1.º Que su titularidad no está siendo objeto de discusión en ningún procedimiento judicial, sino sólo la donación, siendo discutida la titularidad de los donatarios, no la suya, ya que las «fraudulentas donaciones» que se alegan en el escrito de oposición no responden a la realidad de los hechos que pretender presentar.

En este sentido manifiesta la recurrente que uno de sus hijos, en concreto, don ……, «no ha aceptado la fraudulenta donación». A tal fin, se refiere la recurrente a un escrito suscrito por el indicado Sr. …… y comunicado vía notarial al resto de sus hermanos y su ex marido del que deduce la interesada la no aceptación del donatario en cuestión y, por tanto, seguir siendo la recurrente, titular de acciones representativas de más de un 5 % del capital social.

2.º Que, consecuencia de lo anterior, no existe litispendencia alguna en cuanto a esa titularidad.

Termina la recurrente su escrito solicitando de este Centro Directivo que se tengan por formuladas sus alegaciones en tiempo y forma, junto con los documentos que lo acompañan y, en consecuencia, continúe con la tramitación del expediente de nombramiento de auditor para auditar «Rentas Hoteleras Socimi, S.A.»., con cargo a la citada sociedad.

Con el escrito de recurso acompaña la recurrente la documentación que estima pertinente, entre ella, el escrito a que se hace referencia en el punto 1.º anterior.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 35, 88, 89, 98, 108, 117, 120, 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 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 cuen-

tas 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 de contestación al mismo, que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la constitución española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

2. Por lo que se refiere a la cuestión planteada por la recurrente en cuanto a que el escrito de oposición se encuentra presentado fuera de plazo y, por tanto, debe continuarse con el procedimiento de nombramiento de auditor, hay que decir que, como resulta del expediente, y se reconoce por la propia interesada en su recurso, se recibe por la sociedad el escrito de traslado de la solicitud inicial con fecha 14 de marzo de 2019 y el escrito de oposición tiene entrada en el registro mercantil el 21 de marzo de 2019, por tanto, dentro del plazo de cinco días, que se entienden hábiles, previsto legalmente conforme al artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil. Por otra parte, aun dándose el caso de haberse presentado fuera de plazo o, en su caso, no haberse presentado siquiera oposición, el registrador deberá examinar si concurren los requisitos a que se refiere el ya citado 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, y no meramente la inexistencia, en su caso, de oposición a la petición inicial de nombramiento.

3. Como ha reiterado la Dirección General de los Registros y del Notariado (así, en 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 otras), procede la suspensión del procedimiento cuando se está discutiendo en vía judicial su legitimación, bien porque se discuta su condición de socio, bien para discutir si el solicitante es titular de acciones o participaciones concretas, bien para determinar si el solicitante es titular de un porcentaje sobre un conjunto de ellas bien porque se discuta el porcentaje de participación en el capital social consecuencia de la impugnación de acuerdos sociales relativos a la ampliación de capital adoptados en junta general. Así, el hecho de que el conocimiento de la cuestión debatida estuviera siendo ejercitada por los Tribunales impediría un pronunciamiento en tanto no existiese una resolución judicial firme al respecto. En el presente caso se está discutiendo la validez o nulidad de determinadas escrituras de donación por virtud de las cuales se donó, según se manifiesta, y reconoce la propia instante en el expediente, el total porcentaje de acciones representativas del capital social, lo cual podría afectar no sólo al porcentaje del que es efectivamente titular, sino a su propia condición de socia, si su porcentaje es equivalente a «0», lo que le privaría de la legitimación exigida conforme al artículo 265.2 citado. Lo anterior, a pesar de lo expresado por la recurrente en su escrito de alegacio-

nes a la oposición y en su escrito de recurso, del que se desprende que existe demanda civil de nulidad de esta donación, entre otras, las acciones representativas de su participación en el capital social de «Rentas Hoteleras Socimi, S.A.», pero que no se discute en dicho pleito la titularidad de su porcentaje en el capital social, sino la donación fraudulenta que sobre esas acciones ha realizado su marido en favor de sus hijos; esto es, no se puede manifestar al tiempo que se donaron las acciones representativas del capital social y a la vez manifestar que no se discute en el pleito su titularidad de porcentaje en el capital social y, por tanto, su condición de accionista, que lo que se discute es la donación fraudulenta que sobre esas acciones ha realizado su ex marido en favor de sus hijos, dado que las escrituras de donación están siendo discutidas judicialmente, y no se puede pretender que ello no afecte, en su caso, a la titularidad de las propias acciones y su condición de socia.

Por otra parte, y en lo que se refiere al escrito alegado por la recurrente suscrito por el Sr. …… y comunicado vía notarial al resto de sus hermanos y su ex marido del que deduce la interesada la no aceptación del donatario en cuestión y, por tanto, seguir siendo la recurrente, titular de acciones representativas de más de un 5 % del capital social, es preciso señalar que el mismo forma parte del expediente que obra en este Centro Directivo, tratándose de un escrito de fecha 15 de marzo de 2018 suscrito por ……, por el que se comunica al resto de los hermanos ……, también donatarios, y a su ex marido, y en la parte que a este expediente interesa, que «no acepto, por el momento, la donación otorgada ante el notario de Ávila, don Juan Luis Ramos Baeza el 16 de febrero de 2018, bajo su núm. de protocolo 301/18, por considerar que no se ajusta a derecho, ya que el representante que actúa en nombre y representación de mi madre lo hace en virtud de un poder revocado, plenamente conocida dicha revocación por el apoderado. A la vista de la resolución judicial de esta enrevesada donación, tomaré la decisión que considere más conveniente». Se trata de un mero escrito privado que no altera el hecho de que el conocimiento de la cuestión debatida esté siendo ejercitada por los Tribunales e impide un pronunciamiento en tanto no exista una resolución judicial firme al respecto.

En el presente expediente, acreditado que existe litispendencia tanto penal como civil o, al menos, civil en torno a la legitimación de la solicitante por haberse planteado ante el Juzgado competente querella y demanda sobre la validez o nulidad de las escrituras de donación por las que, según manifiesta, su ex marido donó a sus hijos, entre otras, las acciones representativas de la sociedad en cuestión, procede declarar en suspenso la tramitación del expediente hasta que la exigida legitimación haya sido definitivamente aclarada mediante sentencia firme dictada en el procedimiento correspondiente, en el entendimiento de que, si se declara en sede judicial la improcedencia o no de las demandas entabladas sobre validez o nulidad de las escrituras de donación en cuestión, se procedería al nombramiento de auditor solicitado o, en su caso, a la desestimación de la solicitud planteada.

En resumen, resultando del expediente la existencia de procedimientos judiciales que, de prosperar en beneficio de la peticionaria, determinarían la existencia de un interés protegible en los términos del artículo 265.1 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital procede la suspensión del procedimiento en tanto no recaiga sentencia firme de la que resulte la concurrencia o no del requisito de legitimación alegado por la parte solicitante y al que se opone la sociedad.

En su virtud, esta Dirección General resuelve confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Ávila, don Jesús M.ª Jiménez Jiménez, dictada con fecha 27 de mayo de 2019, por la que acordaba suspender el procedimiento de nombramiento de auditor solicitado por doña ……, en los términos expresados en 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, 3 de octubre de 2019 (1.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.

Resolución de 3 de octubre de 2019 (2.ª)

En el expediente 149/2019 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Grupo Empresarial Magenta, S.A.».

HECHOS

I

Don O. L. C. R. y don R. L. R., como administradores mancomunados de la sociedad «Crescencio López Castaño, S.L.», presentaron un escrito de fecha 14 de mayo de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Cáceres, en el que solicitaron, al amparo del artículo 353

de la Ley de Sociedades de Capital y como socio su representada de «Grupo Empresarial Magenta, S.A.», el nombramiento de un experto para que proceda a la determinación del valor razonable de las acciones como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación.

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

a) Que la sociedad «Grupo Empresarial Magenta, S.A.» celebró junta general el día 29 de junio de 2018 acordándose, como segundo punto del orden del día, la aplicación del resultado.

Del acta de la junta general, que se acompaña, resulta que la junta general ordinaria de la sociedad se reunió en segunda convocatoria el día 29 de junio de 2018 con la asistencia de 25 accionistas que representaban un 82,77 % del capital social. Resulta igualmente que don O.L. entrega un escrito (que consta unido al acta), por el que la sociedad hoy instante solicita el reparto de dividendos en cifra de, al menos, una tercera parte de los beneficios a lo que se le responde que la propuesta de aplicación del resultado es a reservas legales y voluntarias lo que debe unirse a la obligación de la empresa de cumplir con el convenio de acreedores, lo que desaconseja acceder a la solicitud del socio. Resulta igualmente que la propuesta de aprobación de las cuentas anuales del ejercicio y demás documentación contable, así como la de aplicación de resultado son objeto de aprobación por la junta general.

b) Que su representada ejerció el derecho de separación sin que se haya alcanzado un acuerdo con «Grupo Empresarial Magenta, S.A.».

Se acompaña copia de la comunicación de fecha 11 de julio de 2018 dirigida por la sociedad hoy solicitante al presidente de «Grupo Empresarial Magenta, S.A.», en la que tras exponer que el socio «Crescencio López Castaño, S.L.» votó en la junta anteriormente citada a favor del reparto de beneficios y a la luz del acuerdo adoptado en la misma, ejerce su derecho de separación solicitando alcanzar un acuerdo sobre el reembolso de acciones.

Se acompaña copia de la comunicación recibida del presidente «Grupo Empresarial Magenta, S.A.» por el que se le notifica que la sociedad no puede acceder al ejercicio del derecho de separación del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital por cuanto no se cumplen los requisitos legales además de encontrarse la sociedad en situación de convenio derivado de situación de concurso.

Del ejemplar que se acompaña de las cuentas anuales de la sociedad correspondientes al ejercicio 2017, debidamente auditadas, resulta su cuenta de pérdidas y ganancias con un resultado positivo.

II

El Registrador Mercantil de Cáceres don Víctor Manuel Carrasco Sánchez por resolución de fecha 28 de mayo de 2019 designa como experto a don J. B. R. S., quien acepta mediante comunicación de fecha 7 de junio del mismo año.

El Registrador Mercantil notifica a «Grupo Empresarial Magenta, S.A.» la designación efectuada mediante escrito de fecha 20 de junio de 2019.

III

Don J. M. C. T., como apoderado de la sociedad «Grupo Empresarial Magenta, S.A.», mediante escrito de fecha 27 de junio de 2019 se dirige al Registro Mercantil de Cáceres en el que expone que, tras recibir la anterior comunicación, alega lo siguiente: 1.º Que no se ha

puesto de manifiesto el expediente ni la solicitud a su representada causándole indefensión. 2.º Que se opone expresamente al nombramiento del designado o de cualquier otro para la valoración de las acciones del solicitante. 3.º Que su representada intuye, pues no se ha puesto el expediente a su disposición, que la designación tiene su origen en la voluntad de la solicitante de ejercer el derecho de separación de la sociedad. 4.º Que «Grupo Empresarial Magenta, S.A.» manifiesta que no se cumplen los requisitos del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital ni los estatutariamente previstos. 5.º Que en su día ya se le puso de manifiesto dicha oposición al solicitante sin que resulte que haya ejercido acción alguna ante los tribunales. Que solicita del registrador tener por opuesta a la sociedad y la revocación del experto designado por no concurrir los requisitos legalmente exigibles.

El Registrador Mercantil de Cáceres, mediante escrito de fecha 2 de julio de 2019 resuelve no admitir la oposición del nombramiento de experto realizado por cuanto; 1.º El nombramiento se ha llevado a cabo de acuerdo al procedimiento tasado previsto en los artículos 338 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y en concreto de conformidad con la previsión de su artículo 340. 2.º Que en dicho procedimiento no se prevé el traslado a la sociedad del escrito de solicitud como tampoco trámite de oposición (a diferencia del supuesto de designación de auditor y con la excepción del artículo 342). 3.º Que del escrito de solicitud concurren los requisitos previstos en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital en su redacción dada por la Ley 25/2011, de 1 de agosto.

Mediante comunicación de fecha 15 de julio de 2019 dirigida a «Grupo Empresarial Magenta, S.A.» se le notifica que ha sido entregado el informe pericial llevado a cabo por el experto designado en fecha 9 de julio de 2019 por lo que se cuerda cerrar el expediente y darlo por terminado.

IV

Don J. M. C. T., como apoderado de «Grupo Empresarial Magenta, S.A.», por escrito de fecha 2 de julio de 2019, que tuvo entrada el día 26 inmediato posterior en el Registro Mercantil de Cáceres, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a, resumidamente, los siguientes argumentos: Que recibió la notificación de la resolución de no admisión de su escrito de oposición el día 8 de julio de 2019. Que expresa los siguientes motivos de recurso: 1.º Que la resolución es nula de pleno derecho por haberse dictado prescindiendo del procedimiento legalmente establecido. Que de la propia resolución se infiere que no se ha puesto de manifiesto a la parte ni la solicitud ni el expediente causándole una evidente indefensión. Que dicho procedimiento es el previsto en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil por remisión del artículo 363 del propio reglamento. Que el procedimiento señalado por el registrador es el previsto para la valoración de aportaciones a sociedades anónimas o comanditarias por acciones lo que no es de aplicación al supuesto. Que así lo ha entendido la Dirección General de los Registros y del Notariado en distintas resoluciones (con cita). 2.º Que la resolución conculca el artículo 24 de la Constitución Española al privar a su representada del derecho de contradicción consagrado en dicho artículo y en la legislación aplicable al supuesto. Que en base a lo anterior solicita la declaración de nulidad de la resolución de 2 de julio de 2019 y la retroacción de las actuaciones, trasladando a la parte el escrito de solicitud a fin de que ejercite su derecho de oposición. Asimismo, solicita la declaración de nulidad de la designación de experto y del informe por el mismo redactado.

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. Solicitada del Registrador Mercantil por un socio de una sociedad anónima, la designación de experto independiente al amparo de los artículos 348 bis y 353 de la Ley de Sociedades de Capital, el registrador procede a hacer la designación. Aceptada por parte del experto, el registrador notifica a la sociedad el hecho de la designación. La sociedad se opone alegando que no se le ha dado traslado ni de la solicitud ni del expediente. El registrador desestima la oposición y cierra el expediente una vez que por parte del experto se le hace entrega del informe de valoración. La sociedad recurre en los términos que resultan de los hechos.

2. En relación al derecho de separación, ha afirmado reiteradamente esta Dirección General (*vide* resoluciones de 3 de noviembre de 2014 y 21 de enero de 2015, entre otras), que resulta indubitadamente de la regulación legal que 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.

Junto a los supuestos legales o estatutarios, que podrían denominarse tradicionales en nuestro ordenamiento, la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de Reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007 (LCEur 2007\1230), sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas, introdujo un nuevo supuesto al incorporar el artículo 348 bis al texto de la Ley de Sociedades de Capital.

Este nuevo supuesto de derecho de separación incorporado a nuestro ordenamiento comparte con el resto de supuestos un procedimiento de ejercicio que se encuentra regulado en los artículos 348 y 353 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital.

Este último precepto, en la redacción dada por la disposición final 4.15 de Ley núm. 22/2015, de 20 de julio, establece lo siguiente: «1. A falta de acuerdo entre la sociedad y el socio sobre el valor razonable de las participaciones sociales o de las acciones, o sobre la persona o personas que hayan de valorarlas y el procedimiento a seguir para su valoración, serán valoradas por un experto independiente, designado por el Registrador Mercantil del domicilio social a solicitud de la sociedad o de cualquiera de los socios titulares de las participaciones o de las acciones objeto de valoración.2. Si las acciones cotizasen en un mercado secundario oficial, el valor de reembolso será el del precio medio de cotización del último trimestre.»

3. Cuando la designación corresponde al Registrador Mercantil por darse el supuesto a que se refiere el precepto es preciso acudir a las normas de procedimiento establecidas en el Reglamento del Registro Mercantil, cuyo capitulo II, del título III: «De otras funciones del Registro Mercantil», se denomina «Del nombramiento de expertos independientes y de auditores de cuentas». El capítulo se divide a su vez en dos secciones: la primera se denomina «Del nombramiento de expertos independiente», y la segunda se denomina «Del nombramiento de auditores».

Desde el punto de vista del procedimiento a seguir la principal característica que diferencia ambos supuestos reside en que mientras que el nombramiento de expertos a que se refiere la sección primera carece de contraparte y, en consecuencia, de previsión de audiencia, la segunda si lo contempla por referirse a supuestos en los que, además del interés del solicitante concurre otro interés protegible. Por este motivo el artículo 363 del Reglamento del

Registro Mercantil, pese a referirse a la designación de expertos independientes, se encuentra ubicado en la sección segunda.

Dice así el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil: «1. El nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil del domicilio social para la determinación del valor real de las acciones o participaciones en los casos establecidos por la Ley se efectuará a solicitud del interesado, de conformidad con lo previsto en los artículos 351 y siguientes… 4. Las mismas reglas serán de aplicación al nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil del domicilio social para la determinación del importe a abonar por el nudo propietario al usufructuario de acciones o de participaciones sociales en concepto de incremento de valor y al nombramiento del auditor a petición de los administradores, en defecto del nombrado por la Junta general, para la verificación prevista en los artículos 156 y 157 de la Ley de Sociedades Anónimas.»

Como resulta del precepto, en aquellos supuestos en que la designación de un auditor tenga por objeto la determinación del valor real de acciones o participaciones, el procedimiento a seguir debe ser el previsto en la sección segunda. Así se deducía además del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital en su redacción anterior a la reforma llevada a cabo por la disposición final 4.15 de Ley núm. 22/2015, de 20 de julio, que modificó el término auditor por la actual de experto independiente.

4. Así las cosas, resulta que el procedimiento no se ha llevado de conformidad con las previsiones de los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, tal y como ordena el transcrito artículo 363, siendo así que el trámite de audiencia a la sociedad Grupo Empresarial Magenta S. A., previsto en el artículo 354 del propio reglamento es de absoluta pertinencia habida cuenta del innegable interés que tiene en las resultas del procedimiento (*vide* art. 356 de la Ley de Sociedades de Capital).

Como ha quedado expuesto, no pueden confundirse aquellos supuestos en los que, por no existir intereses contrapuestos, resulta innecesaria la audiencia a otra parte distinta del propio solicitante (*vide* arts. 67, 265.1, 301 y 303 de la Ley de Sociedades de Capital y artículos 18, 34, 49.2, 52.2 y 78 de la Ley 3/2009, de 3 de abril de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles), de aquellos otros supuestos en los que la existencia de tales intereses hace forzosa la audiencia a la otra parte so pena de nulidad del expediente (*vide* arts. 47 y 48 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas en relación con los arts. 128.3, 169, 265.2, 346, 348 bis y 350 de la Ley de Sociedades de Capital).

Dispone el 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.»

Y dice así el artículo 354.1 del Reglamento del Registro Mercantil, «…el Registrador trasladará a la sociedad afectada copia de la instancia y de los documentos adjuntos a ella…»

Como resulta de los hechos, ante la solicitud de un socio para que se designe experto independiente al amparo de la previsión de los artículos 348 bis y 353 de la Ley de Sociedades de Capital, el registrador procedió a dicha designación sin dar traslado a la otra parte y solo posteriormente ante los escritos que la sociedad le dirige le proporciona una respuesta. La alegación de la sociedad sobre la indefensión sufrida vicia las diligencias llevadas a cabo hasta ese momento.

Dispone así el artículo 47.1 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas: Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:… e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido…» Por su parte el artículo 48.2 del mismo cuerpo legal dice: «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.»

Resulta patente que el procedimiento se ha tramitado sin el necesario respeto al principio de igualdad entre las partes causando una evidente indefensión a la sociedad que ni ha sido notificada de la existencia de la solicitud ni ha tenido a su disposición la instancia del solicitante ni la documentación que a la misma acompañaba. No procede que esta Dirección se pronuncie ahora sobre la cuestión de fondo pues para ello habría sido preciso que la sociedad respecto de la que se solicita el nombramiento de auditor hubiera dispuesto de la documentación necesaria para fundamentar su decisión de oponerse a la solicitud.

Esta Dirección General de los Registros y del Notariado resuelve:

1.º Dejar sin efecto las resoluciones del Registrador Mercantil de Cáceres 28 de mayo y 2 de julio de 2019 por las que se designa experto independiente y por la que se desestiman las alegaciones de la sociedad al mismo.

2.º Retrotraer el expediente a la fase de instrucción, en concreto al momento en que se presentó la instancia por parte del solicitante y devolver el expediente al registrador a fin de que pueda llevar a cabo su correcta instrucción.

3.º Ordenar que se dé traslado del contenido de la solicitud del socio y de la documentación que la acompaña a la sociedad a los efectos previstos en el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución 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 octubre de 2019 (2.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.

Resolución de 4 de octubre de 2019 (1.ª)

En el expediente 81/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «J.C.M. Suministros Industriales, S.L.».

HECHOS

I

Don ……, presentó escrito de fecha 15 de marzo de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Bizkaia, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, y como titular de más del 5 % del capital social de la mercantil «J. C. M. Suministros Industriales, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil «J.C.M. Suministros Industriales, S.L.» por resolución de 15 de marzo de 2019 en el domicilio social, siendo recibido el día 29 del mismo mes, formulando oposición por escrito presentado el día 1 de abril. En el dicho escrito don ……, administrador único de la mercantil, expone que el administrador único nombró mediante decisión adoptada el 6 de febrero de 2019 a la sociedad auditora «JDF Audit and Advisory, S.L.P.» como auditor para el ejercicio 2018. Acompaña junto a dicho escrito copia del acta de consignación de las decisiones del administrador único y escrito suscrito por don ……, en nombre y representación de «JDF Audit and Advisory, S.L.P.» por la que acepta el encargo.

III

EL Registrador Mercantil de Bizkaia, don Juan Alfonso Fernández Núñez, dictó resolución de fecha 8 de abril de 2019 por la que acordó «no admitir la oposición de la sociedad a la expresada solicitud y proceder al nombramiento de auditor solicitado».

IV

Don ……, administrador único de la mercantil, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 8 de abril, reiterando los argumentos anteriormente expuestos.

V

Mediante resolución de fecha 12 de junio de 2019 este Centro Directivo, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 118.1 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, requiere a la mercantil para que justifique la inscripción en el Registro Mercantil del auditor designado por la sociedad o bien que acredite bien la puesta a disposición de los socios del referido informe o su aportación al expediente.

Dicho requerimiento es atendido por escrito de fecha 19 de julio de 2019 suscrito por don ……, administrador único de la sociedad «J. C. M. Suministros Industriales, S.L.», al que se adjunta el correspondiente informe de auditoría correspondiente al ejercicio 2019.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

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

Como excepción a esta regla general, este Centro Directivo ha reconocido desde antiguo el hecho de que, dados los principios de objetividad, independencia e imparcialidad que presiden la actividad auditora, no frustra el derecho del socio el origen del nombramiento, ya sea éste judicial, registral o voluntario, puesto que el auditor, como profesional independiente, inscrito en

el Registro Oficial de Auditores de Cuentas, ha de realizar su actividad conforme a las normas legales, reglamentarias y técnicas que regulan la actividad auditora.

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

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

Inscrito el nombramiento de auditor voluntario el depósito de las cuentas sólo puede llevarse a cabo si vienen acompañadas del oportuno informe de verificación. Así lo ha sancionado expresamente la modificación del artículo 279 de la Ley de Sociedades de Capital (que entró en vigor el día 1 de enero de 2016; disposiciones finales cuarta y decimocuarta de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas), cuando dice en su inciso final: «Los administradores presentarán también, el informe de gestión, si fuera obligatorio, y el informe del auditor, cuando la sociedad esté obligada a auditoría por una disposición legal o ésta se hubiera acordado a petición de la minoría o de

forma voluntaria y se hubiese inscrito el nombramiento de auditor en el Registro Mercantil.»

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

2. En el presente expediente resulta por un lado que el socio minoritario presenta su solicitud en el Registro Mercantil en fecha 15 de marzo de 2018 y, por otro, que la sociedad acredita que nombró auditor voluntario para el mismo ejercicio con carácter previo al acompañar certificación del acuerdo de febrero 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 debe prosperar ya que ha quedado acreditado tanto el nombramiento anterior, como así resulta de la documentación aportada por la sociedad al expediente, concretamente la certificación del acuerdo, así como la puesta a disposición de los socios solicitantes del informe de auditoría correspondiente al ejercicio 2018. En este sentido conviene recordar que, si bien es cierto que la doctrina de esta Dirección General había venido exigiendo que la fecha anterior de nombramiento resultase de forma fehaciente, lo cierto es que la más reciente doctrina ha entendido que si de la valoración conjunta de la documentación aportada resulta con claridad que el nombramiento voluntario por la sociedad es previo, debe prevalecer esta circunstancia (*vide* resoluciones, entre otras, de 1 y 23 de julio, 2 y 26 de septiembre, 7 de octubre y 2 de diciembre de 2013 y 24 de junio y 24 de octubre de 2014). En consecuencia, no existen razones para presumir la falsedad en la declaración o fraude a los derechos del socio minoritario que, de haberse producido, debería ser una cuestión a ventilar ante los tribunales y no en el marco de este expediente.

4. Además, debe tenerse en cuenta en este expediente que, como consecuencia del requerimiento realizado por este Centro Directivo, ha sido debidamente acreditada la puesta a disposición de los socios del informe de auditoría correspondiente al ejercicio 2018 al incorporarlo al presente expediente. Por tanto, resulta forzoso entender que el interés que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital pretende proteger está debidamente salvaguardado por cuanto la pretensión de que las cuentas de la sociedad sean sometidas al examen de un auditor con el fin de determinar si expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación, ha sido debidamente cumplimentado (art. 4.1 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas). Procedería por este mismo motivo también la estimación del recurso.

Por tanto debe concluirse que: a) que el interés protegible ha sido debidamente salvaguardado por la puesta a disposición del informe realizado por el auditor nombrado por la sociedad que, por otra parte, había sido designado con anterioridad a la petición del socio minoritario; b) que no existe indicio alguno que permita afirmar que la actuación de la sociedad ha tenido por finalidad defraudar el derecho del solicitante, circunstancia que en cualquier caso debe ser objeto de pretensión ante los Tribunales de Justicia; c) que resulta innecesario y económicamente injustificable el nombramiento de un auditor para llevar a cabo el mismo cometido que el realizado por un profesional cuyo ejercicio se rige por los principios de independencia, objetividad e imparcialidad; d) que cualquier desviación de la anterior conducta debe ser puesta en conocimiento de la administración competente por el interesado para que adopte las medidas previstas en el ordenamiento; e) que como ha puesto de relieve esta Dirección General (*vide* resoluciones de 11 de marzo y 30 de julio de 2014), la objetividad, imparcialidad e independencia del auditor de cuentas son principios vertebradores de la actividad auditora y quedan salvaguardados por la Ley de Auditoría de Cuentas así como por su Reglamento de Ejecución y las Normas Técnicas de Auditoría. El artículo 14.1 de la Ley de Auditoría encomienda a los propios auditores el deber de abstenerse en los supuestos en que puedan incurrir en causa de incompatibilidad atribuyendo al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas la competencia de velar por el adecuado cumplimiento del deber de independencia, así como de valorar en cada trabajo concreto la posible falta de independencia de un auditor de cuentas o sociedad de auditoría. Si los interesados creen vulnerados dichos principios siempre podrán ejercitar las acciones administrativas de responsabilidad disciplinaria ante el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas o bien las acciones civiles o, incluso, penales pertinentes ante la jurisdicción competente; f) que resulta en definitiva que, satisfecho el interés protegible, no procede el nombramiento solicitado. No obstante, si el interesado considera que la actuación u omisión del auditor nombrado por la sociedad no es conforme con el cumplimiento de las obligaciones legalmente exigibles o que su independencia está comprometida debe dirigirse a la Autoridad competente alegando lo que a su derecho mejor convenga.

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar la resolución del Registrador Mercantil de Bizkaia, don Juan Alfonso Fernández Núñez, de fecha 8 de abril de 2019, por la que resuelve proceder al nombramiento solicitado, al resultar acreditado la puesta a disposición de los solicitantes del referido informe.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución 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 octubre de 2019 (1.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.

Resolución de 4 de octubre de 2019 (2.ª)

En el expediente 141/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Regenerados Plásticos Andaluces, S.A.».

HECHOS

I

Don …… presentó escrito de fecha 27 de marzo de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Granada, en el que tuvo su entrada el mismo día 27, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley 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 «Regenerados Plásticos Andaluces, S.A.», (en concreto, manifiesta ser titular del 12,50 %) el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

II

La Registradora Mercantil de Granada II, doña María Cristina Palma López dio traslado de la anterior a la solicitud a la mercantil por resolución de fecha 27 de marzo que es recibida el día 1 de abril, para que en caso de considerarlo oportuno realizara las alegaciones que tuviera por conveniente.

La mercantil formula oposición por escrito de fecha 5 de abril de 2019 en el que alega que «con fecha 16 de diciembre de 2018 el Consejero Delegado de "Regenerados Plásticos Andaluces, S.A.". tomó la decisión de contratar a una empresa auditora para auditar las cuentas de la sociedad del ejercicio 2018». Que la empresa auditora elegida fue «Auditores Andaluces, S.L.», quien en la persona de su administrador don M. M. A. aceptó el encargo, y desde entonces se encuentran en la realización de su cometido.» Dichos documentos de nombramiento y aceptación han sido debidamente presentados en el Registro Mercantil a efecto de causar la oportuna inscripción.

III

La Registradora Mercantil de Granada II, doña María Cristina Palma López, mediante diligencia para mejor proveer de fecha 12 de abril de 2019 acuerda «la suspensión del plazo para resolver … hasta tanto no transcurra el plazo de despacho de conformidad con lo dispuesto en el art. 18 C. Co o en su caso el plazo de dos meses de vigencia del asiento de presentación».

La referida Registradora Mercantil dictó resolución de fecha 7 de mayo de 2019 por la que acordó admitir la oposición y no proceder al nombramiento de auditor para la verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2018 solicitado, al constar inscrito el nombramiento de auditor voluntario a instancia de la mercantil; en concreto, inscripción 12.ª de la hoja social, de fecha 23 de abril de 2019.

IV

Don …… interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 7 de mayo, alegando, en esencia, que no consta la fehaciencia de las fechas del nombramiento y aceptación del auditor a instancia de la mercantil y que no le consta que se hayan formulado las cuentas correspondientes al ejercicio 2018.

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

Inscrito el nombramiento de auditor voluntario el depósito de las cuentas sólo puede llevarse a cabo si vienen acompañadas del oportuno informe de verificación. Así lo ha sancionado expresamente la modificación del artículo 279 de la Ley de Sociedades de Capital (que entró en vigor el día 1 de

enero de 2016; disposiciones finales cuarta y decimocuarta de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas), cuando dice en su inciso final: «Los administradores presentarán también, el informe de gestión, si fuera obligatorio, y el informe del auditor, cuando la sociedad esté obligada a auditoría por una disposición legal o ésta se hubiera acordado a petición de la minoría o de forma voluntaria y se hubiese inscrito el nombramiento de auditor en el Registro Mercantil.»

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

2. En el presente expediente resulta por un lado que el socio minoritario presenta su solicitud en el Registro Mercantil en fecha 27 de marzo de 2019 y, por otro, que la Registradora Mercantil acredita que ha sido nombrado auditor voluntario para el mismo ejercicio con carácter previo al indicar que en la inscripción 12.ª de la hoja social resulta el nombramiento de auditor voluntario de la sociedad para el ejercicio 2018; en concreto, en el Tomo 411, folio 89, Hoja GR-624, de fecha 23 de abril de 2019. Dicha inscripción es practicada en virtud de certificación expedida por el Consejero Delegado de la sociedad en fecha 16 de enero de 2019 y aceptada por la auditora por escrito con firmas legitimadas notarialmente en fecha 4 de abril 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 tanto el nombramiento anterior como la inscripción en la hoja social de dicho nombramiento. 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 inscripción 12.ª de la hoja social, por la que se procedió a la inscripción del nombramiento de auditor de cuentas para el ejercicio 2018. 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 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 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 Granada II, doña Cristina Palma López, de fecha 7 de mayo de 2019, por la que resuelve desestimar la

solicitud del socio minoritario 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, 4 de octubre de 2019 (2.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.

Resolución de 4 de octubre de 2019 (3.ª)

En el expediente 142/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Área de Servicio San Martín, S.L.».

HECHOS

I

Doña …… presentó escrito de fecha 21 de marzo de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Badajoz, en el que tuvo su entrada el día 29 de marzo, en el que solicitó en su propio nombre y en el de la mercantil «European Transport, S.L.», como administradora de la misma, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, y como titulares conjuntamente de más del 5 % del capital social de la mercantil «Área de Servicio San Martín, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

II

El Registrador Mercantil de Badajoz, don Juan Enrique Pérez y Martín, dio traslado de la solicitud anterior a la mercantil por resolución de fecha 2 de abril de 2019, para que en caso de considerarlo oportuno ejercitara su derecho de oposición conforme al artículo 354.2

del Reglamento del Registro Mercantil, sin que, transcurrido el plazo legal se haya formulado oposición al respecto.

III

El Registrador Mercantil de Badajoz, don Juan Enrique Pérez y Martín, dictó resolución de fecha 7 de junio de 2019 por la que acordó no proceder al nombramiento de auditor para la verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2018 solicitado al constar inscrito el nombramiento de auditor voluntario a instancia de la mercantil, inscripción 38.ª de la hoja social de fecha 5 de junio de 2019.

IV

Doña ……, en su propio nombre y en el de la mercantil «Área de Servicio San Martín, S.L.», como administradora de la misma, interpuso recurso contra la anterior resolución de fecha 7 de junio de 2019 por medio de escrito de fecha 9 de julio de 2019, que tuvo su entrada en el Registro Mercantil de Badajoz el día 10 del mismo mes.

En dicho escrito de recurso alega, en esencia:

1.º Falsedad de la certificación de la que supuestamente resulta la designación por la sociedad del auditor voluntario, confeccionada con el único fin de impedir a los socios minoritarios el ejercicio de su derecho al nombramiento registral de auditor de cuentas.

2.º Que el nombramiento de auditor de cuentas es competencia de la Junta General.

3.º Que a la fecha del recurso no se ha puesto a disposición de los socios el supuesto informe de auditoría que el auditor de cuentas debería haber realizado.

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

la entrega al socio del referido informe o bien mediante su incorporación al expediente.

Inscrito el nombramiento de auditor voluntario el depósito de las cuentas sólo puede llevarse a cabo si vienen acompañadas del oportuno informe de verificación. Así lo ha sancionado expresamente la modificación del artículo 279 de la Ley de Sociedades de Capital (que entró en vigor el día 1 de enero de 2016; disposiciones finales cuarta y decimocuarta de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas), cuando dice en su inciso final: «Los administradores presentarán también, el informe de gestión, si fuera obligatorio, y el informe del auditor, cuando la sociedad esté obligada a auditoría por una disposición legal o ésta se hubiera acordado a petición de la minoría o de forma voluntaria y se hubiese inscrito el nombramiento de auditor en el Registro Mercantil.»

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

2. En el presente expediente resulta por un lado que los socios minoritarios presentan su solicitud en el Registro Mercantil en fecha 29 de marzo de 2019 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 2018, habiendo causado la inscripción 38.ª de la hoja social de fecha 5 de junio 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 2018. 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 preten-

sión 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 Badajoz, don Juan Enrique

Pérez y Martín, de fecha 7 de julio de 2019, por la que resuelve desestimar la solicitud de los socios minoritarios 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, 4 de octubre de 2019 (3.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.

Resolución de 4 de octubre de 2019 (4.ª)

En el expediente 143/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Hoteles Iturrimurri, S.A.».

HECHOS

I

Don …… presentó escrito de fecha 26 de marzo de 2019 dirigido al Registro Mercantil de La Rioja, en el que tuvo su entrada el día 28 del mismo mes, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5 % del capital social de «Hoteles Iturrimurri, S.A.»(en concreto, manifiesta ser titular del 43,11 %), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

II

Por oficio del Registro Mercantil de La Rioja de fecha 29 de marzo de 2019 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 ……, en su condición de administrador único de la mercantil, que tuvo su entrada en el Registro Mercantil de La Rioja el 30 de abril alegando, en

esencia, que el solicitante no reviste la buena fe exigible ni por tanto, la legitimación necesaria, a la vista de su trayectoria en la empresa y de su comportamiento anterior, habiendo sido representante legal de la sociedad hasta el año 2015, y que la única finalidad de la utilización del mecanismo del 265.2 de la LSC por el solicitante es perjudicar a la sociedad, gravándola con el coste de una auditoría de cuentas que ahora mismo no puede soportar debido a la carencia de fondos económicos necesarios para hacer frente a los honorarios que devengue el auditor de cuentas.

III

La Registradora Mercantil de La Rioja, doña María Celia Meneses Martínez Bernal, dictó resolución de fecha 8 de mayo de 2019, 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 que tuvo su entrada el día 31 de mayo de 2019 en el Registro Mercantil de La Rioja, 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 Administra-

ción 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 de contestación al mismo, 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 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 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 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 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, ausencia de recursos para hacer frente en estos momentos a los gastos derivados de una auditoría de cuentas, existiendo otros medios posibles para cumplir la finalidad del solicitante, 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 ausencia de recursos para hacer frente a los gastos derivados de una auditoría de cuentas (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 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 de la Registradora Mercantil de La Rioja, doña María Celia Meneses Martínez Bernal, de fecha 8 de mayo de 2019, 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, 4 de octubre de 2019 (4.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.

Resolución de 4 de octubre de 2019 (5.ª)

En el expediente 146/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Arcadi, S.L.».

HECHOS

I

Don ……, en nombre y representación de ……, presentó escrito de fecha 22 de marzo de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el mismo día 22, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley 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 «Arcadi, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

II

El Registrador Mercantil de Madrid IX, don Alberto Yusta Benach, dio traslado de la anterior a la solicitud a la mercantil por resolución de fecha 23 de abril de 2019 legalmente notificada sin que, transcurrido el plazo legal, se haya formulado oposición.

III

El referido registrador mercantil, don Alberto Yusta Benach, dictó resolución de fecha 31 de mayo de 2019 por la que acordó desestimar la solicitud formulada por don ……, en nombre y representación de ……, y no proceder al nombramiento de auditor para la verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2018 solicitado, al constar inscrito el nombramiento de auditor voluntario a instancia de la mercantil para, entre otros, el ejercicio en cuestión; en concreto, inscripción 13.ª de la hoja social, de fecha 21 de marzo de 2017, lo

que garantiza al socio la existencia del informe de auditoría sobre la cuentas anuales de 2018, al ser preceptiva su incorporación con el depósito de las cuentas anuales.

IV

……, en nombre y representación de ……, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 31 de mayo de 2019, alegando, en esencia, que, a pesar de estar inscrito el auditor nombrado, la realidad es que dichas no han sido auditadas y no están depositadas, «motivo por el cual dicha previsión de nombramiento de auditor por la empresa no es más que papel mojado, sin que en modo alguno proteja los derechos de esta parte».

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. 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 del escrito de recurso, como lo relativo a la falta o no de formulación de las cuentas en cuestión, que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la constitución española en relación a los arts. 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

2. En cuanto al fondo del recurso, vuelve a plantearse ante esta Dirección una cuestión sobre la que ha tenido ocasión de pronunciarse de modo reite-

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

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

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

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

Inscrito el nombramiento de auditor voluntario el depósito de las cuentas sólo puede llevarse a cabo si vienen acompañadas del oportuno informe de verificación. Así lo ha sancionado expresamente la modificación del artículo 279 de la Ley de Sociedades de Capital (que entró en vigor el día 1 de enero de 2016; disposiciones finales cuarta y decimocuarta de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas), cuando dice en su inciso final: «Los administradores presentarán también, el informe de gestión, si fuera obligatorio, y el informe del auditor, cuando la sociedad esté obligada a auditoría por una disposición legal o ésta se hubiera acordado a petición de la minoría o de forma voluntaria y se hubiese inscrito el nombramiento de auditor en el Registro Mercantil.»

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

3. En el presente expediente resulta por un lado que el socio minoritario presenta su solicitud en el Registro Mercantil en fecha 22 de marzo de 2019 y, por otro, que el Registrador Mercantil acredita que ha sido nombrado auditor voluntario para el mismo ejercicio con carácter previo al indicar que consta inscrito dicho nombramiento por la inscripción 13.ª de la hoja social, de fecha 21 de marzo de 2017, lo que garantiza al socio, como afirma la resolución registral, la existencia del informe de auditoría sobre la cuentas anuales de 2018, al ser preceptiva su incorporación con el depósito de las cuentas anuales.

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 debe prosperar ya que ha quedado acreditado tanto el nombramiento anterior como la inscripción en la hoja social de dicho nombramiento por medio de la inscripción 13.ª de la hoja social, de fecha 21 de marzo de 2017. Por tanto, resulta forzoso entender que el interés que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital pretende proteger está debidamente salvaguardado por cuanto la pretensión de que las cuentas de la sociedad sean sometidas al examen de un auditor con el fin de determinar si expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información finan-

ciera 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 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 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 el Registrador Mercantil de Madrid IX, don Alberto Yusta Benach, de fecha 31 de mayo de 2019, por la que resuelve desestimar la solicitud del socio minoritario 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, 4 de octubre de 2019 (5.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.

Resolución de 8 de octubre de 2019 (1.ª)

En el expediente 60/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Concentric, S.A.».

HECHOS

I

Doña ……, doña …… y don …… presentaron escrito de fecha 2 de enero de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Pontevedra, en el que tuvo su entrada el día 4 del mismo mes, en el que solicitaron, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, y como titulares de más del 5 % del capital social de la mercantil «Concentric, S.A.» (en concreto, titulares del 30 % del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

II

Dicho escrito es notificado de manera infructuosa a la mercantil por resoluciones de 4 de enero y de 6 de febrero de 2019 en el domicilio social, notificado de manera edictal en el BOE de 8 de marzo de 2019.

III

La mercantil «Concentric, S.A.» no formula oposición en el plazo legalmente previsto al efecto.

IV

El Registrador Mercantil de Pontevedra, don Vicente Artime Cot, dictó resolución de fecha 22 de marzo de 2019, por la que acuerda «que procede el nombramiento de auditor para la entidad «Concentric, S.A.»

V

Don ……, en su condición de administrador único de la mercantil, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 22 de marzo exponiendo que ha sido nombrado auditor a instancia de la mercantil, acompañando copia del contrato de auditoría de fecha 21 de diciembre de 2018, concurriendo mala fe en la solicitud de los socios que ha dado origen al presente expediente.

VI

Mediante resolución de fecha 30 de mayo de 2019 este Centro Directivo, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 118.1 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, requiere a la mercantil para que justifique la inscripción en el Registro Mercantil del auditor designado por la sociedad o bien que acredite bien la puesta a disposición de los socios del referido informe o su aportación al expediente. Sin embargo, dicho requerimiento no es atendido por la sociedad requerida.

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 auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: a) Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de

la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. b) Que se garantice el derecho del socio al informe de auditoría, lo que solo puede lograrse mediante la inscripción del nombramiento, mediante la entrega al socio del referido informe o bien mediante su incorporación al expediente.

Inscrito el nombramiento de auditor voluntario el depósito de las cuentas sólo puede llevarse a cabo si vienen acompañadas del oportuno informe de verificación. Así lo ha sancionado expresamente la modificación del artículo 279 de la Ley de Sociedades de Capital (que entró en vigor el día 1 de enero de 2016; disposiciones finales cuarta y decimocuarta de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas), cuando dice en su inciso final: «Los administradores presentarán también, el informe de gestión, si fuera obligatorio, y el informe del auditor, cuando la sociedad esté obligada a auditoría por una disposición legal o ésta se hubiera acordado a petición de la minoría o de forma voluntaria y se hubiese inscrito el nombramiento de auditor en el Registro Mercantil.»

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

2. En el presente expediente resulta por un lado que el socio minoritario presenta su solicitud en el Registro Mercantil en fecha 4 de enero de 2019 y, por otro, que la sociedad acredita que celebró contrato de auditoría para el ejercicio 2018 con la auditora «Eudita-Auditec Técnicos Auditores, S.L.» en fecha 21 de diciembre de 2018.

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

3. El recurso no puede prosperar ya que no se ha garantizado de manera adecuada el interés protegible por el presente expediente, dado que no se acredita ni la inscripción del nombramiento del auditor a instancia de la mercantil ni la puesta a disposición de los socios del correspondiente informe de auditoría, lo anterior, a pesar del oficio al efecto de este Centro Directivo, como resulta de los antecedentes de hecho.

4. En segundo lugar la sociedad alega la mala fe de la solicitante al iniciar el presente expediente. Respecto de tal cuestión es doctrina consolidada de esta Dirección que siendo indiscutible que nuestro ordenamiento jurídico no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo por lo que el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización de buena fe (art. 7 del Código Civil), también lo es que la apreciación de tales circunstancias resulta imposible en un procedimiento como el presente cuyo limitado conocimiento material y competencial lo impide, sin perjuicio del derecho de los interesados a acudir a los Tribunales de Justicia en defensa de su posición jurídica (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Nota-

riado de fechas 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010 y 11 de marzo de 2014, entre otras).

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).

5. Finalmente, y en relación con la posible concurrencia de fraude de ley en la solicitud, es constante doctrina de este Centro Directivo que, a diferencia de las solicitudes de nombramiento registral de auditor para las sociedades obligadas por ley a la verificación contable y fundadas en el artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital, en aquellas otras, exentas de esta obligación, la causa de la petición es siempre y típicamente la misma: la inexistencia de una auditoría previa. Dicha circunstancia determina la existencia de un interés protegible que se reconoce a los socios minoritarios y la consecuente atribución del derecho a solicitar que se lleve a cabo la verificación. Por ello, el artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil que articula el procedimiento para la tramitación de las solicitudes fundadas en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, no exige su expresión, de alcance puramente formal, pues, como ya se ha indicado, la inexpresión de la causa de la petición o su expresión inadecuada es intrascendente en este procedimiento de nombramiento registral de auditor a instancia de los socios minoritarios de entidades mercantiles (en este sentido pueden verse las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 12 y 23 de julio, 7 de octubre de 2010 y 11 y 31 de marzo de 2014 entre otras).

Directamente relacionado con lo anterior, el interés del socio que reclama el nombramiento de auditor no es ni puede ser objeto de valoración en el estrecho ámbito de este expediente. Como es doctrina reiterada (*vide* resoluciones de 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010, entre otras), el objeto de este procedimiento se limita a determinar si concurren o no los requisitos legales para la procedencia de nombramiento de auditor a instancia de la minoría sin que dentro de su estrecho cauce pueda pretenderse el conocimiento de otras materias reservadas a otras Administraciones o a los Tribunales de Justicia (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.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Pontevedra, don Vicente Artime Cot, de fecha 22 de marzo de 2019, por la que resuelve proceder al nombramiento de auditor de cuentas solicitado, al no quedar debidamente garantizado el interés del socio minoritario, en los términos expresados.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución 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, 8 de octubre de 2019 (1.ª).–El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.

Resolución de 8 de octubre de 2019 (2.ª)

En el expediente 97/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Sidelan, S.L.».

HECHOS

I

Don …… y doña,,,,, presentan escrito de fecha 27 de marzo de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Álava, en el que tuvo su entrada el día 29, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, y como titulares de más del 5 % del capital social de la mercantil «Sidelan, S.L.». (titular del 20 % del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 3 de abril de 2019 en el domicilio, que es recibida el día 8 del mismo mes.

III

Don ……, en su condición de Consejero Delegado solidario de la sociedad, formula oposición mediante escrito de fecha 9 de abril de 2019, que es presentado el día siguiente en el referido Registro Mercantil. En dicho escrito expone que el órgano de administración de la mercantil designó auditor a la sociedad «Betean Auditoría, S.L.P.». por el plazo de tres años para los ejercicios 2018, 2019 y 2020.

IV

El Registrador Mercantil de Álava, don Esteban Moyano Morales, dictó resolución de fecha 15 de abril de 2019 por la que acordó no estimar la oposición a la solicitud de nombramiento de auditor para el ejercicio 2018 de la sociedad «Sidelan, S.L.».

V

Don ……, en su condición de Consejero Delegado solidario de la sociedad, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 15 de abril, alegando el previo nombramiento de auditor voluntario por la mercantil lo que acredita con certificación de fecha 22 de enero de 2019, expedida por el consejero delegado, en la que se acordó nombrar a la sociedad «Betean Auditoría, S.L.P.» para que lleve a cabo las auditorías correspondientes a los ejercicios 2018, 2019 y 2020.

VI

Mediante resolución de fecha 21 de junio de 2019 este Centro Directivo, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 118.1 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, requiere a la mercantil para que justifique la inscripción en el Registro Mercantil del auditor designado por la sociedad o bien que acredite bien la puesta a disposición de los socios del referido informe o su aportación al expediente. Sin embargo, dicho requerimiento no es atendido por la sociedad requerida.

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

Inscrito el nombramiento de auditor voluntario el depósito de las cuentas sólo puede llevarse a cabo si vienen acompañadas del oportuno informe de verificación. Así lo ha sancionado expresamente la modificación del artículo 279 de la Ley de Sociedades de Capital (que entró en vigor el día 1 de enero de 2016; disposiciones finales cuarta y decimocuarta de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas), cuando dice en su inciso final: «Los administradores presentarán también, el informe de gestión, si fuera obligatorio, y el informe del auditor, cuando la sociedad esté obligada a auditoría por una disposición legal o ésta se hubiera acordado a petición de la minoría o de forma voluntaria y se hubiese inscrito el nombramiento de auditor en el Registro Mercantil.»

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

2. En el presente expediente resulta por un lado que el socio minoritario presenta su solicitud en el Registro Mercantil en fecha 29 de marzo de 2019 y, por otro, que la sociedad acredita que nombró auditor voluntario para el mismo ejercicio con carácter previo al acompañar certificación expedida por el consejero delegado, en la que se acordó nombrar a la sociedad «Betean Auditoría, S.L.P.» para que lleve a cabo las auditorías correspondientes a los ejercicios 2018, 2019 y 2020.

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

3. El recurso no puede prosperar ya que, si bien ha quedado acreditado el nombramiento anterior, como así resulta de la documentación aportada por la sociedad al expediente, concretamente la certificación de la designación, no se ha garantizado de manera adecuada el interés protegible por el presente expediente, dado que no se acredita ni la inscripción del nombramiento del auditor a instancia de la mercantil ni la puesta a disposición de los socios del correspondiente informe de auditoría, lo anterior, a pesar del oficio al efecto de este Centro Directivo, como resulta de los antecedentes de hecho. Por tanto, resulta forzoso entender que el interés que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital pretende proteger no ha quedado salvaguardado por

cuanto la pretensión de que las cuentas de la sociedad sean sometidas al examen de un auditor con el fin de determinar si expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación, no ha sido debidamente cumplimentado (art. 4.1 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas). Procede por este mismo motivo la desestimación del recurso.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Álava, don Esteban Moyano Morales, de fecha 15 de abril de 2019, por la que resuelve proceder al nombramiento de auditor de cuentas solicitado, al no quedar debidamente garantizado el interés del socio minoritario al no quedar debidamente garantizado el interés del socio minoritario, en los términos expresados

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución 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, 8 de octubre de 2019 (2.ª).–El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.

Resolución de 8 de octubre de 2019 (3.ª)

En el expediente 148/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Zubiplast, S.L.».

HECHOS

I

Don …… y doña ……, presentaron escrito de fecha 27 de marzo de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Guipúzcoa, en el que tuvo su entrada el día 27 del mismo mes, en el

que solicitaron, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, y como titulares de más del 5 % del capital social de la mercantil «Zubiplast, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

II

Trasladada la anterior la solicitud a la mercantil, formula oposición por medio de escrito de fecha 8 de abril de 2019, que tuvo su entrada en el registro mercantil el día 9 del mismo mes, alegando, en esencia, que los solicitantes no acreditan la titularidad de participaciones sociales en la mercantil en cuestión y tener ya nombrado auditor voluntario.

III

El Registrador Mercantil de Guipúzcoa II, don Fernando Canals Brage, dictó resolución de fecha 30 de junio de 2019 por la que acordó desestimar la solicitud formulada por don …… y doña ……, y no proceder al nombramiento de auditor para la verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2018 solicitado, al constar ya designado e inscrito el nombramiento de auditor voluntario para el ejercicio solicitado; en concreto, según la inscripción 7.ª de la hoja social, de fecha 3 de junio de 2019. Además, respecto de la petición que efectúa doña ……, no se aporta un mínimo principio de prueba de su cualidad de socio.

IV

Don …… y doña …… interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 30 de junio de 2019, alegando, en esencia, que, en cuanto a la desestimación de la solicitud de doña ……, al tiempo de la constitución de la sociedad, don …… estaba casado en régimen de gananciales con doña ……, por tanto, las participaciones revisten tal carácter ganancial, ostentando ambos cónyuges el 20 % del capital social, citado al efecto el artículo 1347 del Código Civil y, por otra parte, alega, no haber inscripción del nombramiento en el Registro Mercantil tal y como exige la LSC, ni se ha garantizado el derecho del socio al informe de auditoría ni se ha entregado a socios ninguno de los informes requeridos por la ley, señalando además ser competencia de la junta general el nombramiento de auditores, lo cual no ha tenido lugar.

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 aque-

lla efectivamente se realice y el socio pueda tener perfecto conocimiento de la contabilidad de la sociedad».

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

Inscrito el nombramiento de auditor voluntario el depósito de las cuentas sólo puede llevarse a cabo si vienen acompañadas del oportuno informe de verificación. Así lo ha sancionado expresamente la modificación del artículo 279 de la Ley de Sociedades de Capital (que entró en vigor el día 1 de enero de 2016; disposiciones finales cuarta y decimocuarta de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas), cuando dice en su inciso final: «Los administradores presentarán también, el informe de gestión, si fuera obligatorio, y el informe del auditor, cuando la sociedad esté obligada a auditoría por una disposición legal o ésta se hubiera acordado a petición de la minoría o de forma voluntaria y se hubiese inscrito el nombramiento de auditor en el Registro Mercantil.»

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

2. En el presente expediente resulta por un lado que el socio minoritario presenta su solicitud en el Registro Mercantil en fecha 27 de marzo de 2019 y, por otro, que el Registrador Mercantil acredita que ha sido nombrado auditor voluntario para el mismo ejercicio con carácter previo ya que, según resulta del expediente, consta inscrito dicho nombramiento por la inscripción 7.ª de la hoja social, de fecha 3 de junio de 2019, en virtud de certificación expedida el 22 de enero de 2019 de acuerdo de la misma fecha nombrando auditor con carácter voluntario por parte del Consejero Delegad para los ejercicios 2018, 2019 y 2020, lo que garantiza al socio la existencia del informe de auditoría sobre la cuentas anuales de 2018, al ser preceptiva su incorporación con el depósito de las cuentas anuales, en tanto que inscrito el nombramiento de auditor voluntario el depósito de las cuentas sólo puede llevarse a cabo si vienen acompañadas del oportuno informe de verificación.

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 por medio de la inscripción 7.ª de la hoja social, de fecha 3 de junio

de 2019, en los términos antes expresados. 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 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 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.

4. En relación con la solicitud de doña ……, resultando del expediente que el constituyente de la mercantil fue su cónyuge también solicitante, quien comparecía como casado, 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, limitándonos en este expediente al primer supuesto, no siendo del caso la situación de terminación de sociedad de gananciales.

5. Así, 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.

6. No obstante, 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.».

7. 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).

8. 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, lo que es el caso respecto de doña ……, lo que, por otra parte, en nada alteraría el fondo ni el sentido de esta resolución.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Guipúzcoa II, don Fernando Canals Brage, de fecha 30 de junio de 2019, por la que acordó desestimar la solicitud formulada y no proceder al nombramiento de auditor para la verificación de las cuentas anuales del ejercicio 2018 solicitado, al constar ya designado e inscrito el nombramiento de auditor voluntario para el ejercicio 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, 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, 8 de octubre de 2019 (3.ª).–El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.

Resolución de 8 de octubre de 2019 (4.ª)

En el expediente 150/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Escuela de Conducción, transporte y Logística, S.L.».

HECHOS

I

Don ……, en representación de la mercantil «LA GUAGUA CANARIAS, S.L.» «La Guagua Canarias, S.L.», alegando ser su representada socia de la mercantil ««Escuela de Conducción, transporte y Logística, S.L.», presentó escrito de fecha 28 de marzo de 2019, remitido por correo certificado el mismo día y dirigido al Registro Mercantil de Madrid, 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 de más del 5 % del capital social de la mercantil «Escuela de Conducción, transporte y Logística, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

II

El Registrador Mercantil de Madrid IX, don Alberto Yusta Benach, dio traslado de la anterior solicitud a la mercantil por resolución de fecha 5 de abril de 2019, la cual formuló oposición por escrito de fecha 17 de mayo de 2019, suscrito por don …… y don ……, en su condición de administradores mancomunados de la mercantil, que tuvo su entrada en el Registro Mercantil el día 21 del mismo mes. En dicho escrito manifiestan que tratándose la sociedad de una entidad no obligada a someter sus cuentas a la verificación de un auditor y habiendo finalizado su ejercicio económico el pasado día 31 de diciembre, al haber tenido entrada en el Registro la solicitud de nombramiento el día 1 de abril pasado, han transcurrido los tres meses a los que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de capital se refiere, por lo que se oponen al nombramiento en cuestión.

III

El Registrador Mercantil de Madrid IX, don Alberto Yusta Benach, dictó resolución de fecha 23 de mayo de 2019 por la que acordó estimar la solicitud formulada por don ……, en representación de la mercantil «La Guagua Canarias, S.L.», y proceder al nombramiento de auditor para la revisión de las cuentas anuales de la mercantil en cuestión correspondientes al ejercicio 2018 solicitado.

IV

Don ……, en nombre y representación de la mercantil «Escuela de Conducción, transporte y Logística, S.L.», en su condición de apoderado, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 23 de mayo de 2019, reiterando en esencia los argumentos del escrito de oposición, y formulando como primera y única alegación hallarse la solicitud presentada fuera de plazo, dado que el propio artículo 30 de la Ley de Procedimiento Administrativo invocado por el registrador en su resolución no está correctamente aplicado, dado que, dicho artículo 30 establece como se han de computar los plazos que sean concedidos en meses y que, en caso de ser el último día inhábil, como es el caso, no cabe prorrogar el plazo al día siguiente hábil. Termina su recurso solicitando tener por efectuadas las alegaciones en cuestión, estimarlas y «acuerde reponer el acuerdo accediendo al nombramiento de auditor solicitado» *(sic)*.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 16, 30.5, 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. 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 del escrito de recurso, como lo relativo a la falta o no de formulación de las cuentas en cuestión, que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la constitución española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

2. El presente expediente plantea una cuestión puramente formal, en orden a tener por solicitado el nombramiento de auditor dentro o fuera del plazo que se configura como uno de los requisitos del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital antes citado.

En contra de lo alegado por el recurrente, el artículo 30 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, es claro al respecto. Así, y tras distinguir en sus números anteriores entre el cómputo por horas (número 1), por días (números 2 y 3) y por meses y años (número 4), para todos estos supuestos de cómputo por horas, días, meses o años, en cambio y dado que en sus números respectivos no se establece nada al respecto, establece en su número 5 que «cuando el último día del plazo sea inhábil, se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente». En este sentido, y finalizado el plazo el 31 de marzo de 2019, lo cierto y acreditado es que la entrada de la solicitud de nombramiento de auditor tiene lugar en el registro mercantil el primer día hábil siguiente a la terminación del plazo, esto es, tuvo entrada el 1 de abril, tal y como resulta del expediente obrante en este Centro Directivo, por lo que no cabe sino resolver desestimando el recurso interpuesto y considerar que la petición de nombramiento se produjo dentro de plazo, cumpliendo así uno de los requisitos del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, sin que los otros dos, reu-

nión por el solicitante de la menos el 5 % del capital social y sociedad no obligada se hayan desvirtuado ni siquiera planteado por la sociedad en cuestión.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Madrid IX, don Alberto Yusta Benach, de fecha 23 de mayo de 2019, por la que resuelve estimar la solicitud del socio minoritario y proceder al nombramiento de auditor de cuentas para la revisión de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018 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, 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, 8 de octubre de 2019 (4.ª).–El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.

Resolución de 9 de octubre de 2019 (1.ª)

En el expediente 156/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Férricos, S.A.».

HECHOS

I

Don ……, doña ……, don …… y doña …… presentaron escrito de fecha 26 de marzo de 2019, suscrito por todos ellos y dirigido al Registro Mercantil de Vizcaya, en el que tuvo su entrada el día 29 del mismo mes, en el que solicitaron, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titulares de más del 5 % del capital social de «Férricos, S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

II

Mediante resolución de fecha 29 de marzo el Registrador Mercantil de Vizcaya, don Carlos Alonso Olarra, da traslado a la sociedad de la referida solicitud para que, si lo estimaba conveniente, realizase las alegaciones que considerase oportunas. Dicha resolución es notificada el día 4 de abril.

III

La sociedad formula oposición mediante escrito de fecha 10 de abril de 2019, suscrito por don ……, en su condición de administrador solidario de la mercantil, que tuvo su entrada en el Registro Mercantil el día 11 del mismo mes. En dicho escrito alega, en esencia, que los solicitantes carecen de legitimación a efectos de formular la petición dado que todos ellos han suscrito la solicitud, en lugar de haberlo efectuado por medio del representante a que se refiere el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital, invocando a su favor, entre otras, sentencia de la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra de fecha 30 de septiembre de 2016.

IV

El Registrador Mercantil de Vizcaya, don Carlos Alonso Olarra, dictó resolución de fecha 23 de abril de 2019 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado, ya que «aún sin haber designado representante y por tanto sin haber cumplido de forma estricta lo exigido por el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital, el ejercicio de los derechos es consentido por la totalidad de los titulares».

V

Don ……, en su condición de administrador solidario de la mercantil, mediante escrito de fecha 13 de mayo de 2019, que tuvo entrada el día 14 del mismo mes en el Registro Mercantil de Vizcaya, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos, manifestando que un caso idéntico resuelto por este Centro Directivo en el ejercicio pasado se encuentra «*sub iudice*, en la medida en que el Juzgado de lo Mercantil de Bilbao núm. 2, que entiende del asunto, aún no ha dictado Sentencia al tiempo de formularse este recurso».

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, 126, 265.2 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del

Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. Como consecuencia de la sucesión de un socio fallecido y de las subsiguientes operaciones de partición hereditaria practicadas en escritura de adjudicación de herencia otorgada el 28 de febrero de 2017 ante don Vicente María del Arenal Otero, Notario de Bilbao, un paquete accionarial se adjudica en proindiviso a cinco personas herederas del causante, en concreto, el 7,34 % del total capital social, solicitando los cinco condóminos del Registrador Mercantil la designación de auditor de acuerdo a la previsión del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

La sociedad se opone, en esencia, porque a su juicio y ante una situación de comunidad ordinaria, el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital exige la designación de una sola persona para el ejercicio de los derechos correspondientes a las acciones, circunstancia que no se ha producido por lo que los instantes carecen de la debida legitimación.

2. Es doctrina de esta Dirección General que, tratándose de un supuesto de comunidad ordinaria, la designación del representante común ex artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital procederá de acuerdo con las normas previstas en la legislación civil. A la vista de lo que dice el artículo 398.1 del Código Civil, no existiendo regla pactada voluntariamente en contrario, será necesario el acuerdo de la mayoría de los partícipes. Se trata de una mayoría de cuotas o intereses, no de personas (argumento ex artículo 398.2 del Código Civil). Si no resultare mayoría o el acuerdo de ésta fuera gravemente perjudicial a los interesados en la cosa común, el juez puede proveer a la designación de representante único frente a la sociedad ex artículo 398.3 del Código Civil en relación con lo previsto en el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital.

Esta doctrina es plenamente coincidente con la de nuestro Tribunal Supremo que en la reciente sentencia 383/2016 de 6 junio pone de manifiesto: «De forma que ante la falta de previsión normativa sobre esta cuestión en la regulación de la comunidad hereditaria, y las circunstancias del presente caso, ausencia de disposición testamentaria al respecto y falta de acuerdo entre los coherederos, la remisión correcta, dada la situación de comunidad, sea a las normas que rigen la comunidad de bienes, en concreto al artículo 398 del Código Civil, que establece para la administración de los bienes comunes el principio de las mayorías, entendido como el acuerdo que esté tomado por los partícipes que representen la mayor cantidad de intereses o mayor capital de la comunidad.»

En el mismo sentido son de ver las sentencias 434/2016 de 30 septiembre de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1.ª), sentencia que este Centro Directivo no desconoce, y la Sentencia número 223/2017 de 10 abril, de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9.ª).

De conformidad con las anteriores consideraciones, ante un supuesto de comunidad se ha de exigir para ejercitar los derechos que la ley confiere al

socio, o bien que concurran todos los interesados –como es el caso que nos ocupa–, 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).

3. Aplicadas las consideraciones anteriores al supuesto de hecho el recurso no puede prosperar pues del expediente resulta con toda claridad que todos los interesados que representan el dominio de las acciones en situación de comunidad, esto es, la totalidad del 7,34 %, han instado del Registrador Mercantil la designación de auditor al amparo de la norma del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

Como se ha apuntado, esta Dirección General no desconoce la doctrina derivada de la sentencia 434/2016 de 30 septiembre de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1.ª), pero entiende que la misma es perfectamente compatible con el contenido de la presente. Como resulta del contenido de la sentencia al interpretar el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital: «Este principio de unificación objetiva del ejercicio de los derechos de socio descansa en obvias exigencias prácticas de simplicidad y claridad en el ejercicio de tales derechos. La finalidad de la norma es la protección de la sociedad frente a las dificultades y perjuicios que, por aplicación de las reglas generales, podrían derivarse para ella de la existencia de una pluralidad de titulares de la propiedad o de otro derecho real sobre una participación. No se trata, pues, de regular las relaciones de los comuneros entre sí, sino, exclusivamente, las relaciones de los comuneros con la sociedad. La proposición primera del artículo 126 LSC persigue, por tanto, procurar en beneficio exclusivo de la sociedad, sencillez y claridad en el ejercicio de los derechos de socio.»

Esta Dirección General de los Registros y del Notariado comparte, como no puede ser de otro modo, las aseveraciones de la sentencia en que fundamenta su argumentación la parte recurrente pues resulta patente la finalidad de que ante una situación de comunidad se trate de evitar, en beneficio de la sociedad, las disfunciones que acarrearía el ejercicio de los distintos derechos inherentes a la condición de socio (información, asistencia, voto, impugnación, dividendo, liquidación…), por cada uno de los miembros de la comunidad incluso quizás en sentido opuesto.

De aquí que se afirme en la misma resolución judicial la posibilidad que a la sociedad le cabe de oponerse al ejercicio de tales derechos en una forma distinta a la prevista en el citado artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital.

Ahora bien, establecido lo anterior resulta con claridad que no estamos ante tal supuesto de hecho. Como resulta de la dicción del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital estamos ante el ejercicio de un derecho que corresponde al socio en el ámbito de un procedimiento ante el registrador mercantil, no en el seno de la propia sociedad. Es dentro de este procedimiento, regulado en el Registro Mercantil, en el que se depura la legitimación

del o de los solicitantes (*vide* arts. 351, 354.2 y 359 del Reglamento del Registro Mercantil), en los términos que se han expuesto más arriba.

No hay pues posibilidad de que se produzca la hipótesis de un ejercicio desordenado del derecho en perjuicio de la sociedad a quien se le presenta una situación depurada (bien porque exista acreditado el nombramiento de un representante ex artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital, bien porque exista acreditada la concurrencia de las mayorías previstas en el artículo 398 del Código Civil, bien porque exista acreditada la concurrencia de la totalidad de los intereses integrantes de la comunidad, como es el caso del presente expediente), y frente a la que puede ejercitar su derecho de oposición.

4. Es cierto que esta Dirección General ha afirmado reiteradamente que la sociedad puede resistir el ejercicio del derecho de solicitud de nombramiento de auditor por un copropietario que no sea el representante único designado por todos los partícipes: así lo tiene declarado este Centro Directivo en Resoluciones de 19 y 20 de abril de 1994, 15 de septiembre de 2006, 8 de junio de 2007 y 13 de junio y 8 de noviembre de 2013, así como en otras posteriores (*vide* las dos de 2 de junio de 2016 y las dos de 26 de mayo de 2017).

Ahora bien, el sentido de las resoluciones es precisamente poner de manifiesto que uno sólo de los partícipes en la comunidad carece de legitimación por sí solo para acudir ante el Registrador Mercantil en solicitud de designación de un auditor al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. Por el contrario, y como queda expuesto en las consideraciones anteriores, esta Dirección General ha estimado la solicitud cuando se ha producido alguna de las circunstancias anteriormente referidas en aplicación de las reglas sobre la comunidad ordinaria y el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Vizcaya, don Carlos Alonso Olarra, de fecha 23 de abril 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, 9 de octubre de 2019 (1.ª).–El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.

Resolución de 9 de octubre de 2019 (2.ª)

En el expediente 151/2019 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «El Balcón de la Lola Proyectos, S.L.».

HECHOS

I

Don P. B. R., administrador judicial de la sociedad «Paxox Invest, S.L.», presentó un escrito de fecha 1 de julio de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Vizcaya, en el que solicitó, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio su representada de «El Balcón de la Lola Proyectos, S.L.», el nombramiento de un experto para que proceda a la determinación del valor razonable de las participaciones como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación.

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

a) Que la junta general extraordinaria de la sociedad fue convocada para debatir sobre las siguientes propuestas que conformaban el orden del día: Revocación del acuerdo de disolución y liquidación de la sociedad y atribución de facultades al administrador para su ejecución. Que la sociedad a la que representa votó en contra del acuerdo de reactivación de la sociedad.

De copia de acta notarial autorizada por la notaria de Bilbao doña Carmen Velasco Ramirezel día 7 de enero de 2019 resulta que la administración de la sociedad El Balcón de la Lola Proyectos S.L., convocó junta general para su celebración el día 9 de enero del mismo año bajo un orden del día en el que se incluía el siguiente punto: Revocación del acuerdo de disolución y liquidación de la sociedad. De su diligencia de fecha 9 de enero de 2019 resulta que la junta general se constituye con la presencia de los dos socios que integran la totalidad de su capital social. Resulta igualmente que el administrador y socio mayoritario expone, entre otros aspectos, que se propone la revocación del acuerdo de disolución porque en la anterior junta se acordó la venta del activo de la sociedad, un inmueble, y posteriormente la disolución y liquidación de esta. Que ha resultado no existir comprador para el inmueble de donde resulta que no hay nada que liquidar. Realizada la votación, vota a favor el socio mayoritario y en contra el socio minoritario, hoy solicitante.

b) Que la sociedad a la que representa ejerció el derecho de separación al amparo de lo previsto en el artículo 346 de la Ley de Sociedades de Capital y lo notificó a «El Balcón de la Lola Proyectos, S.L.» mediante burofax el día 5 de febrero de 2019. Se acompaña copia.

Que la sociedad «El Balcón de la Lola Proyectos, S.L.» contestó del mismo modo a su representada afirmando que no concurría el supuesto de hecho previsto en la norma. De copia del burofax, que igualmente se acompaña, resulta que la administración de la sociedad afirma que no procede el derecho de separación por no concurrir el supuesto de hecho habilitante.

c) Que no cabe reactivación si la sociedad no se ha disuelto previamente como resulta de los artículos 370 y 371 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 se constituyó con el único objeto de adquirir, rehabilitar y explotar un inmueble singular. Que adquirida la finca y resultando infructuosa la explotación en los términos en que se ideó y debido al coste financiero de su mantenimiento decide su venta a terceros. Que así las cosas, la junta general y universal de fecha 18 de julio de 2018 acuerda una hoja de ruta escalonada que supone la venta del inmueble y la posterior disolución y liquidación de la sociedad. Que la venta se frustra por lo que no existe beneficio repartible por lo que en la junta de fecha 9 de enero de 2019 se acuerda dejar sin efecto los acuerdos de disolución y liquidación. Que no existe reactivación porque la sociedad no llega a estar disuelta ni mucho menos liquidada. Sencillamente hay un negocio frustrado y nada más. Que así se expuso en la junta de 9 de enero de 2019 por el administrador convocante tal y como resulta del acta notarial. 2.º Que el derecho de separación se concede por la Ley en muy concretos supuestos en los que concurre una situación que altera los condicionantes de la sociedad. Que ante estas situaciones que alteran el vínculo de un socio con la sociedad se le autoriza a separarse. Que la Ley no ampara un ejercicio caprichoso por lo que la propia Dirección General de los Registros y del Notariado y los tribunales han declarado que no cabe una aplicación extensiva de la prerrogativa. El principio de estabilidad del capital social no permite reconocer a los socios un derecho voluble y antojadizo.

De copia del acta de la junta general y universal de socios, que se acompaña, de fecha 18 de julio de 2018, resulta que se constituye bajo el siguiente orden del día que comprende, entre otros, los siguientes puntos: Autorización para vender el local La Naja por un precio …de euros. Disolución de la sociedad y apertura del proceso de liquidación de la sociedad. Cese del administrador único y nombramiento de liquidador único. Del contenido del acta resulta la aprobación por unanimidad de los puntos señalados, incluido el cese del administrador único y la designación de la misma persona como liquidador único de la sociedad.

III

El Registrador Mercantil de Vizcaya núm. 3, don Carlos Alonso Olarra dictó resolución en fecha 23 de julio de 2019 por la que acordó admitir la oposición y resolver la improcedencia del nombramiento del experto solicitado para la determinación del valor razonable de las participaciones de acuerdo con el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil. El registrador basa su resolución, en esencia, en el hecho de que no resultando una situación diáfana de existencia de un acuerdo de disolución y otro posterior de reactivación y difiriendo radicalmente la interpretación de las partes sobre tales hechos, no procede la designación.

Resulta de la resolución que el contenido de la hoja social no incluye inscripción alguna de disolución ni de nombramiento de liquidador.

IV

Don P. B. R., como administrador, por escrito de fecha 2 de agosto de 2019, que tuvo entrada el 5 de agosto de 2019 en el Registro Mercantil de Vizcaya, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a, resumidamente, los siguientes argumentos: 1.º Que el acuerdo de disolución y liquidación implica una situación

jurídica per se independientemente de que conste inscrita o no. El posterior acuerdo de revocación del acuerdo de disolución y liquidación implica que con anterioridad existió aquel, que es un supuesto de reactivación y que permite el ejercicio del derecho de separación. Que no caben acuerdos condicionales por lo que es indiscutible que existió un acuerdo de disolución y otro de reactivación. Que la propia sociedad reconoce que existió un acuerdo de disolución por lo que no es admisible la afirmación social de lo contrario. 2.º Que el artículo 346 de la Ley de Sociedades de Capital es muy claro en su redacción y que es un hecho objetivo que la solicitante votó en contra de la reactivación por lo que resulta indiscutible la procedencia del 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 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 sociedad de responsabilidad limitada acuerda en junta general la venta de un bien inmueble que tiene la categoría de activo esencial y la simultánea disolución y liquidación de la sociedad. Posteriormente acuerda la revocación del anterior acuerdo de disolución y liquidación votando en contra de este acuerdo la sociedad que ahora actúa como solicitante. Como consecuencia de la situación, la sociedad socio que ha votado en contra notifica de separación a lo que se opone la sociedad de destino. El socio solicita del registrador, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital, que designe experto independiente para la determinación del valor de su participación social. La sociedad se opone porque a su juicio ha existido un acuerdo condicional de disolución. El registrador admite la oposición porque a su juicio no queda determinado con claridad si concurre o no el supuesto de hecho pre-

visto en la norma para la designación de experto independiente. La sociedad socio recurre.

2. 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. En el supuesto de hecho resulta de la documentación que consta en el expediente que la sociedad a que el mismo se refiere adoptó en fecha 18 de

julio de 2018 el acuerdo de disolver y liquidar la sociedad, así como el de designación de liquidador.

Del mismo modo resulta que con posterioridad, en fecha 9 de enero de 2019, la sociedad adoptó el acuerdo de revocación del anterior de disolución y liquidación de la sociedad justificándose el mismo en que no se había producido la compraventa de la finca que en su día se autorizó. Resulta que la hoy solicitante votó en contra del acuerdo.

Resulta patente que se ha producido el supuesto previsto por la norma y que legitima a la sociedad solicitante para requerir el nombramiento del experto a que se refiere el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital. Procede en consecuencia la estimación del recurso.

4. Los argumentos que resultan del escrito de oposición de la sociedad y de la propia resolución revocada no pueden alterar la conclusión anterior.

Afirma el presentante de la sociedad que esta se constituyó con la única finalidad de explotar el inmueble que constituye su activo y que, ante la frustración de dicha finalidad, se acordó una hoja de ruta escalonada que suponía la venta del inmueble y la posterior disolución y liquidación de la sociedad.

Es preciso recordar que el objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que los artículos 346 y 370 de la Ley de Sociedades de Capital prevén 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 de cuestiones ajenas a las circunstancias que hacen surgir el derecho de separación. 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).

En consecuencia, no constituye objeto de este expediente dilucidar cuál fue el motivo último de constitución de la sociedad de responsabilidad limitada, ni si las partes consideran que dicha finalidad se ha cumplido o no. Tampoco cae dentro de este expediente dilucidar si el acuerdo de disolución constaba condicionado o no a la realización de la venta del inmueble de continua referencia. No hay nada en el expediente que permita establecer dicha circunstancia. Del acta de la junta general de fecha 18 de julio de 2018 resulta con toda nitidez que el orden del día se refería por un lado a la propuesta de venta del inmueble y por otra a la de disolución de la sociedad y designación de liquidador. No existe indicio alguno de que tales circunstancias se encontrasen recíprocamente condicionadas. Por otro lado, en el acta que documenta el posterior acuerdo de revocación adoptado en la junta de 9 de enero de 2019,

se hace constar por la administración de la sociedad que la no venta del inmueble conlleva a proponer la revocación de la disolución porque no existe nada que liquidar. Dejando de lado la inadecuación técnica de dicha afirmación (art. 387 de la Ley de Sociedades de Capital), tampoco resulta otra vinculación entre uno y otro acuerdo que esta afirmación de parte; es decir, la sociedad propuso en su orden del día de la junta celebrada el día 18 de julio de 2018, la adopción del acuerdo de disolución y liquidación de la sociedad sin condicionante alguno y propuso, en la posterior convocatoria de junta a celebrar el día 9 de enero de 2019, la revocación de dicho acuerdo también sin condicionante alguno. Habida cuenta que el objeto de la disolución y liquidación de la sociedad es precisamente la realización de su activo para, satisfecho el pasivo, repartir el sobrante entre los socios (arts. 391 y 393 de la Ley de Sociedades de Capital), no existe razón legal que fuerce a la revocación del estado de disolución. No resultando del supuesto de hecho que el acuerdo de disolución se encontrase condicionado no cabe alegar ahora que existía una condición implícita u oculta que implicase, como afirma la sociedad, que no había estado en ningún momento en estado de disolución en contra del contenido de las respectivas actas de las juntas celebradas.

Tampoco cabe afirmar que la limitación legal de supuestos de reconocimiento del derecho de separación impide un ejercicio voluble o caprichoso. Nada de esto hay en el supuesto de hecho aparte de la afirmación de parte. Por el contrario, y como queda dicho resulta de los hechos expuestos la concurrencia de los requisitos legalmente previstos para el ejercicio del derecho de separación. Tampoco la alegación al principio de estabilidad del capital es procedente. La Ley de Sociedades de Capital establece las medidas de protección del capital social (art. 141, por ejemplo), ninguna de las cuales son de aplicación al supuesto. No cabe pretender negar el ejercicio de un derecho legalmente reconocido al socio individual en base a un principio general que por muy relevante que se considere dispone de unos medios de protección que no son de aplicación al supuesto de hecho.

5. Esta Dirección General no puede compartir las dudas a que hace referencia el registrador en su resolución ni puede atribuir relevancia, en el ámbito de este expediente, al hecho de que no conste inscrito el acuerdo de disolución ni la designación de liquidador habida cuenta de que las partes no discuten ni la existencia de las juntas generales celebradas ni el contenido de las actas en que se documenta su contenido.

El registrador tiene atribuida la competencia legal para determinar si concurren los requisitos legalmente exigibles para designar al experto a que se refiere el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital, 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.

En el mismo sentido la Audiencia Provincial de Murcia, en su sentencia de la sección 4.ª, 198/2018 de 28 de marzo, que establece lo siguiente: «La discrepancia sobre los presupuestos del artículo 348 bis 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 concurren-

cia, 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 definitiva, la mera discrepancia de pareceres entre las partes implicadas no impide al registrador decidir, en un caso como el presente en el que los hechos son terminantes, la procedencia de la designación de experto independiente al amparo de la previsión del artículo 353 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas si resulta la concurrencia de los requisitos que para el ejercicio del derecho de separación establece el artículo 370.3 de la Ley de Sociedades de Capital.

Esta Dirección General ha resuelto estimar el recurso y revocar la resolución del Registrador Mercantil de Vizcaya núm. 3, don Carlos Alonso Olarra de fecha 23 de julio 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, 9 de octubre de 2019 (2.ª).–El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.

Resolución de 14 de octubre de 2019 (1.ª)

En el expediente 101/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Real Burgos Club de Fútbol, S.A.D.».

HECHOS

I

Don ……, en nombre y representación de la Diputación Provincial de Burgos como presidente de la misma, presentó escrito de fecha 23 de enero de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Burgos, en el que tuvo su entrada el día 24, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley 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 de «Real Burgos Club de Fútbol, S.A.D.» (titular del 6,92 % del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2015, 2016, 2017 y 2018, si bien en el presente expediente se tratará exclusivamente la solicitud relativa al ejercicio 2018 que es objeto de recurso.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resoluciones de 29 de enero y de 8 de febrero de 2019 en el domicilio, resultando ambas infructuosas. La mercantil es oportunamente notificada mediante anuncio publicado en el BOE de 4 de marzo de 2019, por lo que en modo alguno podría ser estimada la alegación de indefensión por parte de la mercantil de «Real Burgos Club de Fútbol, S.A.D.».

III

La sociedad no formula oposición en el plazo legalmente previsto, por lo que el Registrador Mercantil de Burgos, don Ramón Vicente Modesto Caballero, dictó resolución de fecha 18 de marzo de 2019, por la que acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor para el ejercicio 2018 de la sociedad de «Real Burgos Club de Fútbol, S.A.D.».

IV

Don ……, Presidente del de «Real Burgos Club de Fútbol, S.A.D.», interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 18 de marzo, alegando el previo nombramiento de auditor voluntario por la mercantil lo que acredita con certificación de fecha 12 de abril de 2019, expedida por el secretario del consejo de administración, de la que resulta que en la reunión del consejo de fecha 8 de enero de 2019 se acordó nombrar a la sociedad de «Arnaiz-Ayala auditores Asociados, S.L.P.» para que lleve a cabo las auditorías correspondientes a los ejercicios 2015, 2016, 2017 y 2018. Dicho recurso es trasladado al instante del presente expediente mediante resolución de 25 de abril de 2019, quien formula alegaciones por escrito de fecha 14 de mayo de 2019, que es presentado el día 17, reiterando su solicitud.

V

Mediante resolución de fecha 21 de junio de 2019 este Centro Directivo, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 118.1 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre del Procedimiento

Administrativo Común de las Administraciones Públicas, requiere a la mercantil para que justifique la inscripción en el Registro Mercantil del auditor designado por la sociedad o bien que acredite bien la puesta a disposición de los socios del referido informe o su aportación al expediente. Dicho requerimiento no es atendido por la sociedad requerida.

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 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 determi-

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

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

Inscrito el nombramiento de auditor voluntario el depósito de las cuentas sólo puede llevarse a cabo si vienen acompañadas del oportuno informe de verificación. Así lo ha sancionado expresamente la modificación del artículo 279 de la Ley de Sociedades de Capital (que entró en vigor el día 1 de enero de 2016; disposiciones finales cuarta y decimocuarta de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas), cuando dice en su inciso final: «Los administradores presentarán también, el informe de gestión, si fuera obligatorio, y el informe del auditor, cuando la sociedad esté obligada a auditoría por una disposición legal o ésta se hubiera acordado a petición de la minoría o de forma voluntaria y se hubiese inscrito el nombramiento de auditor en el Registro Mercantil.»

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

2. En el presente expediente resulta por un lado que el socio minoritario presenta su solicitud en el Registro Mercantil en fecha 24 de enero de 2019 y, por otro, que la sociedad acredita que nombró auditor voluntario para el mismo ejercicio con carácter previo al acompañar certificación expedida por el secretario del consejo de administración del que resulta que en la reunión de fecha 8 de enero de 2019 se acordó nombrar a la sociedad «Arnaiz-Ayala Auditores Asociados, S.L.P.» para que lleve a cabo las auditorías correspondientes a los ejercicios 2015, 2016, 2017 y 2018.

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

3. El recurso no puede prosperar ya que, si bien ha quedado acreditado el nombramiento anterior, como así resulta de la documentación aportada por la sociedad al expediente, concretamente la certificación de la designación, no se ha garantizado de manera adecuada el interés protegible por el presente expediente.

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

4. Sin embargo, debe tenerse en cuenta en este expediente que resulta forzoso entender que el interés que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital pretende proteger no está debidamente salvaguardado por cuanto la pretensión de que las cuentas de la sociedad sean sometidas al examen de un auditor con el fin de determinar si expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación, no ha sido debidamente cumplimentado (art. 4.1 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas), ello a pesar del requerimiento a tal fin efectuado por este Centro Directivo, tal como resulta de los antecedentes. Procede por este mismo motivo la desestimación del recurso.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Burgos, don Ramón Vicente Modesto Caballero, de fecha 18 de marzo de 2019, por la que resuelve proceder al nombramiento de auditor de cuentas solicitado, al no quedar debidamente garantizado el interés del socio minoritario en los términos expuestos.

Lo que, con devolución del 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, 14 de octubre de 2019 (1.ª).–El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.

Resolución de 14 de octubre de 2019 (2.ª)

En el expediente 144/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Inversiones Águila Imperial, S.L.».

HECHOS

I

Doña ……, presentó escrito de fecha 28 de marzo de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Sevilla, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, y como titular de más del 5 % (titular del 24,51 %) del capital social de la mercantil «Inversiones Águila Imperial, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil «Inversiones Águila Imperial, S.L.» por resolución de 2 de abril de 2019 en el domicilio social siendo recibido el día 5 del mismo mes, formulando oposición por escrito presentado el día 22 de abril. En dicho escrito, don ……, en su condición de administrador solidario de la mercantil, expone que el día 1 de octubre de 2018 formalizó contrato con la entidad «Silva Valdés Auditores y Consultores, S.L.P.», con objeto de auditar las cuentas para los ejercicios 2018 al 2020. Acompaña junto a dicho escrito, entre otros documentos, copia de la hoja de encargo profesional de fecha 30 de octubre de 2018, copia del contrato suscrito entre ambas partes de igual fecha y cartas remitidas por la auditora a determinadas entidades financieras con fecha 2 de enero para solicitar información a efectos de realizar la labor encomendada.

III

Mediante resolución de fecha 26 de abril de 2019 el Registrador Mercantil de Sevilla da traslado de la oposición formulada al solicitante, siendo contestada mediante escrito de alegaciones de fecha 5 de junio de 2019 suscrito por doña …

IV

EL Registrador Mercantil de Sevilla, don Juan Ignacio Madrid Alonso, dictó resolución de fecha 18 de junio de 2019 por la que acordó denegar la oposición de la sociedad a la expresada solicitud y proceder al nombramiento de auditor solicitado.

V

Don ……, en su condición de administrador solidario de la mercantil, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 18 de junio, reiterando los argumentos anteriormente expuestos. Se incorpora al expediente el oportuno informe de auditoría correspondiente al ejercicio 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

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

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

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

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

Inscrito el nombramiento de auditor voluntario el depósito de las cuentas sólo puede llevarse a cabo si vienen acompañadas del oportuno informe de verificación. Así lo ha sancionado expresamente la modificación del artículo 279 de la Ley de Sociedades de Capital (que entró en vigor el día 1 de enero de 2016; disposiciones finales cuarta y decimocuarta de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas), cuando dice en su inciso final: «Los administradores presentarán también, el informe de gestión, si fuera obligatorio, y el informe del auditor, cuando la sociedad esté obligada a auditoría por una disposición legal o ésta se hubiera acordado a petición de la minoría o de forma voluntaria y se hubiese inscrito el nombramiento de auditor en el Registro Mercantil.»

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

2. En el presente expediente resulta por un lado que el socio minoritario presenta su solicitud en el Registro Mercantil en fecha 28 de marzo de 2019 y, por otro, que la sociedad acredita que nombró auditor voluntario para el mismo ejercicio con carácter previo al acompañar copia de la hoja de encargo profesional de fecha 30 de octubre de 2018, copia del contrato suscrito entre ambas partes de igual fecha y cartas remitidas por la auditora a determinadas entidades financieras con fecha 2 de enero para solicitar información a efectos de realizar la labor encomendada.

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

3. El recurso debe prosperar ya que ha quedado acreditado tanto el nombramiento anterior, como así resulta de la documentación aportada por la sociedad al expediente, concretamente copia de la hoja de encargo profesional de fecha 30 de octubre de 2018, copia del contrato suscrito entre ambas partes de igual fecha y cartas remitidas por la auditora a determinadas entidades financieras con fecha 2 de enero para solicitar información a efectos de realizar la labor encomendada, así como la puesta a disposición de los socios solicitantes del informe de auditoría correspondiente al ejercicio 2018. 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 ha sido debidamente acreditada la puesta a disposición de los socios del informe de auditoría correspondiente al ejercicio 2018 al incorporarlo al presente expediente. Por tanto, resulta forzoso entender que el interés que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital pretende proteger está debidamente salvaguardado por cuanto la pretensión de que las cuentas de la sociedad sean sometidas al examen de un auditor con el fin de determinar si expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación, ha sido debidamente cumplimentado (art. 4.1 de la Ley

22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas). Procedería por este mismo motivo también la estimación del recurso.

Por tanto debe concluirse que: a) que el interés protegible ha sido debidamente salvaguardado por la puesta a disposición del informe realizado por el auditor nombrado por la sociedad que, por otra parte, había sido designado con anterioridad a la petición del socio minoritario; b) que no existe indicio alguno que permita afirmar que la actuación de la sociedad ha tenido por finalidad defraudar el derecho del solicitante, circunstancia que en cualquier caso debe ser objeto de pretensión ante los Tribunales de Justicia; c) que resulta innecesario y económicamente injustificable el nombramiento de un auditor para llevar a cabo el mismo cometido que el realizado por un profesional cuyo ejercicio se rige por los principios de independencia, objetividad e imparcialidad; d) que cualquier desviación de la anterior conducta debe ser puesta en conocimiento de la administración competente por el interesado para que adopte las medidas previstas en el ordenamiento; e) que como ha puesto de relieve esta Dirección General (*vide* resoluciones de 11 de marzo y 30 de julio de 2014), la objetividad, imparcialidad e independencia del auditor de cuentas son principios vertebradores de la actividad auditora y quedan salvaguardados por la Ley de Auditoría de Cuentas así como por su Reglamento de Ejecución y las Normas Técnicas de Auditoría. El artículo 14.1 de la Ley de Auditoría encomienda a los propios auditores el deber de abstenerse en los supuestos en que puedan incurrir en causa de incompatibilidad atribuyendo al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas la competencia de velar por el adecuado cumplimiento del deber de independencia, así como de valorar en cada trabajo concreto la posible falta de independencia de un auditor de cuentas o sociedad de auditoría. Si los interesados creen vulnerados dichos principios siempre podrán ejercitar las acciones administrativas de responsabilidad disciplinaria ante el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas o bien las acciones civiles o, incluso, penales pertinentes ante la jurisdicción competente; f) que resulta en definitiva que, satisfecho el interés protegible, no procede el nombramiento solicitado. No obstante, si el interesado considera que la actuación u omisión del auditor nombrado por la sociedad no es conforme con el cumplimiento de las obligaciones legalmente exigibles o que su independencia está comprometida debe dirigirse a la Autoridad competente alegando lo que a su derecho mejor convenga.

Esta Dirección General ha resuelto estimar el recurso y revocar la resolución del Registrador Mercantil de Sevilla, don Juan Ignacio Madrid Alonso, de fecha 18 de junio de 2019, por la que resuelve proceder al nombramiento solicitado, al resultar acreditado la puesta a disposición de los solicitantes del referido informe.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución 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, 14 de octubre de 2019 (2.ª).–El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.

Resolución de 14 de octubre de 2019 (3.ª)

En el expediente 145/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Puertoarea Sur, S.L.».

HECHOS

I

Doña ……, presentó escrito de fecha 28 de marzo de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Sevilla, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, y como titular de más del 5 % (titular del 24,98 %) del capital social de la mercantil «Puertoarea Sur, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil «Puertoarea Sur, S.L.» por resolución de 2 de abril de 2019 en el domicilio social siendo recibido el día 15 del mismo mes, formulando oposición por escrito presentado el día 22 de abril. En dicho escrito, don ……, en su condición de administrador solidario de la mercantil, expone que el día 30 de octubre de 2018 formalizó contrato con la entidad «Silva Valdés Auditores y Consultores, S.L.P., con objeto de auditar las cuentas para los ejercicios 2018 al 2020. Acompaña junto a dicho escrito, entre otros documentos, copia de la hoja de encargo profesional de fecha 30 de octubre de 2018, copia del contrato suscrito entre ambas partes de igual fecha y copia del informe de auditoría.

III

Mediante resolución de fecha 26 de abril de 2019 el Registrador Mercantil de Sevilla da traslado de la oposición formulada al solicitante, siendo contestada mediante escrito de alegaciones de fecha 5 de junio de 2019 suscrito por doña …

IV

El Registrador Mercantil de Sevilla, don Juan Ignacio Madrid Alonso, dictó resolución de fecha 18 de junio de 2019 por la que acordó denegar la oposición de la sociedad a la expresada solicitud y proceder al nombramiento de auditor solicitado.

V

Don ……, en su condición de administrador solidario de la mercantil, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 18 de junio, reiterando los argumentos anteriormente expuestos. Se incorpora al expediente el oportuno informe de auditoría correspondiente al ejercicio 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

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

Como excepción a esta regla general, este Centro Directivo ha reconocido desde antiguo el hecho de que, dados los principios de objetividad, independencia e imparcialidad que presiden la actividad auditora, no frustra el dere-

cho del socio el origen del nombramiento, ya sea éste judicial, registral o voluntario, puesto que el auditor, como profesional independiente, inscrito en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas, ha de realizar su actividad conforme a las normas legales, reglamentarias y técnicas que regulan la actividad auditora.

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

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

Inscrito el nombramiento de auditor voluntario el depósito de las cuentas sólo puede llevarse a cabo si vienen acompañadas del oportuno informe de verificación. Así lo ha sancionado expresamente la modificación del artículo 279 de la Ley de Sociedades de Capital (que entró en vigor el día 1 de enero de 2016; disposiciones finales cuarta y decimocuarta de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas), cuando dice en su inciso final: «Los administradores presentarán también, el informe de gestión, si fuera obligato-

rio, y el informe del auditor, cuando la sociedad esté obligada a auditoría por una disposición legal o ésta se hubiera acordado a petición de la minoría o de forma voluntaria y se hubiese inscrito el nombramiento de auditor en el Registro Mercantil.»

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

2. En el presente expediente resulta por un lado que el socio minoritario presenta su solicitud en el Registro Mercantil en fecha 28 de marzo de 2019 y, por otro, que la sociedad acredita que nombró auditor voluntario para el mismo ejercicio con carácter previo al acompañar copia de la hoja de encargo profesional de fecha 30 de octubre de 2018, copia del contrato suscrito entre ambas partes de igual fecha, así como el informe de auditoría correspondiente al ejercicio 2018.

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

3. El recurso debe prosperar ya que ha quedado acreditado tanto el nombramiento anterior, como así resulta de la documentación aportada por la sociedad al expediente, concretamente copia de la hoja de encargo profesional de fecha 30 de octubre de 2018, copia del contrato suscrito entre ambas partes de igual fecha, así como la puesta a disposición de los socios solicitantes del informe de auditoría correspondiente al ejercicio 2018. 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 ha sido debidamente acreditada la puesta a disposición de los socios del informe de auditoría correspondiente al ejercicio 2018 al incorporarlo al presente expediente. Por tanto, resulta forzoso entender que el interés que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital pretende proteger está debidamente salvaguardado por cuanto la pretensión de que las cuentas de la sociedad sean sometidas al examen de un auditor con el fin de determinar si expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que

resulte de aplicación, ha sido debidamente cumplimentado (art. 4.1 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas). Procedería por este mismo motivo también la estimación del recurso.

Por tanto debe concluirse que: a) que el interés protegible ha sido debidamente salvaguardado por la puesta a disposición del informe realizado por el auditor nombrado por la sociedad que, por otra parte, había sido designado con anterioridad a la petición del socio minoritario; b) que no existe indicio alguno que permita afirmar que la actuación de la sociedad ha tenido por finalidad defraudar el derecho del solicitante, circunstancia que en cualquier caso debe ser objeto de pretensión ante los Tribunales de Justicia; c) que resulta innecesario y económicamente injustificable el nombramiento de un auditor para llevar a cabo el mismo cometido que el realizado por un profesional cuyo ejercicio se rige por los principios de independencia, objetividad e imparcialidad; d) que cualquier desviación de la anterior conducta debe ser puesta en conocimiento de la administración competente por el interesado para que adopte las medidas previstas en el ordenamiento; e) que como ha puesto de relieve esta Dirección General (*vide* resoluciones de 11 de marzo y 30 de julio de 2014), la objetividad, imparcialidad e independencia del auditor de cuentas son principios vertebradores de la actividad auditora y quedan salvaguardados por la Ley de Auditoría de Cuentas así como por su Reglamento de Ejecución y las Normas Técnicas de Auditoría. El artículo 14.1 de la Ley de Auditoría encomienda a los propios auditores el deber de abstenerse en los supuestos en que puedan incurrir en causa de incompatibilidad atribuyendo al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas la competencia de velar por el adecuado cumplimiento del deber de independencia, así como de valorar en cada trabajo concreto la posible falta de independencia de un auditor de cuentas o sociedad de auditoría. Si los interesados creen vulnerados dichos principios siempre podrán ejercitar las acciones administrativas de responsabilidad disciplinaria ante el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas o bien las acciones civiles o, incluso, penales pertinentes ante la jurisdicción competente; f) que resulta en definitiva que, satisfecho el interés protegible, no procede el nombramiento solicitado. No obstante, si el interesado considera que la actuación u omisión del auditor nombrado por la sociedad no es conforme con el cumplimiento de las obligaciones legalmente exigibles o que su independencia está comprometida debe dirigirse a la Autoridad competente alegando lo que a su derecho mejor convenga.

Esta Dirección General ha resuelto estimar el recurso y revocar la resolución del Registrador Mercantil de Sevilla, don Juan Ignacio Madrid Alonso, de fecha 18 de junio de 2019, por la que resuelve proceder al nombramiento solicitado, al resultar acreditado la puesta a disposición de los solicitantes del referido informe.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, 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, 14 de octubre de 2019 (3.ª).–El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.

Resolución de 14 de octubre de 2019 (4.ª)

En el expediente 154/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Falco Radio & Accesproes Supply, S.L.».

HECHOS

I

Doña …… presentó escrito de fecha 21 de marzo de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, en el que tuvo su entrada el día 27 del mismo mes, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, y como titular de más del 5 % del capital social de la mercantil «Falco Radio & Accesproes Supply, S.L.» (concretamente, del 7,14 % del capital social), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

II

El Registrador Mercantil de Barcelona, don Jesús González García, notifica la anterior solicitud a la sociedad mediante resolución de fecha 29 de marzo de 2019, que es recibida el día 4 de abril, para que, en su caso, ejercite el derecho de oposición a tal solicitud.

III

La sociedad se opuso a la pretensión del socio mediante escrito suscrito el día 9 de abril por don …… y don ……, en su condición de administradores mancomunados de la mercantil, alegando que en la junta general ordinaria celebrada el 8 de abril de 2019 se informó

de la prórroga tácita del contrato de auditoría en vigor desde el 17 de junio de 2016. Para acreditarlo acompaña del acta notarial de dicha junta.

IV

El Registrador Mercantil de Barcelona, don Heliodoro Sánchez Rus, mediante diligencia para mejor proveer de fecha 16 de abril de 2019 requiere a la sociedad para que aporte los documentos fehacientes acreditativos de la referida prórroga y aceptación del auditor.

Dicho requerimiento es atendido por la mercantil mediante escrito de fecha 7 de mayo de 2019, al que acompaña certificación del acuerdo del órgano de administración de fecha 14 de noviembre de 2018, así como escrito de aceptación de la sociedad «Socicat Auditores, S.L.» de fecha 16 de diciembre de 2018.

V

El Registrador Mercantil de Barcelona, don Jesús González García, mediante diligencia para mejor proveer de fecha 20 de mayo suspende la tramitación del presente expediente al haber sido presentado para su inscripción el nombramiento/renovación del auditor anteriormente designado, ya que dicho procedimiento registral puede afectar a la resolución del presente expediente.

VI

La Registradora Mercantil de Barcelona, doña María Azucena Bullón Manzano, dictó resolución de fecha 28 de junio de 2019 por la que acordó admitir la oposición formulada, ya que el 20 de junio de 2019 se procedió a la inscripción del cargo de auditor para el ejercicio 2018, causando la inscripción 12.ª de la hoja social.

VII

Don ……, en nombre y representación de doña ……, interpone recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 28 de junio de 2019, alegando «la irregular elaboración y consiguiente nula virtualidad acreditativa» de la certificación aportada por los administradores mancomunados, así como el manifiesto fraude de ley en que han incurrido en tal actuación.

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

Inscrito el nombramiento de auditor voluntario el depósito de las cuentas sólo puede llevarse a cabo si vienen acompañadas del oportuno informe de verificación. Así lo ha sancionado expresamente la modificación del artículo 279 de la Ley de Sociedades de Capital (que entró en vigor el día 1 de enero de 2016; disposiciones finales cuarta y decimocuarta de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas), cuando dice en su inciso final: «Los administradores presentarán también, el informe de gestión, si fuera obligatorio, y el informe del auditor, cuando la sociedad esté obligada a auditoría por una disposición legal o ésta se hubiera acordado a petición de la minoría o de forma voluntaria y se hubiese inscrito el nombramiento de auditor en el Registro Mercantil.»

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

2. En el presente expediente resulta por un lado que la socia minoritaria presenta su solicitud en el Registro Mercantil en fecha 27 de marzo de 2019 y, por otro, que el Registrador Mercantil acredita que ha sido nombrado/renovado auditor voluntario para el mismo ejercicio con carácter previo al indicar que resulta inscrito el nombramiento de auditor voluntario de la sociedad para el ejercicio en la inscripción 12.ª de la hoja social. Dicha inscripción es practicada en base a certificación expedida por los administradores mancomunados en fecha 14 de noviembre de 2018 y que fue presentada para su inscripción en el Registro Mercantil junto con la aceptación del encargo por parte del auditor nombrado.

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 su inscripción en la hoja social del nombramiento. 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 2018. 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, 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 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 audito-

ría. 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.

5. Respecto a la segunda cuestión objeto del recurso, esto es, y según manifestación del recurrente, el manifiesto fraude de ley en que han incurrido en tal actuación, 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).

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso y confirmar la resolución de la Registradora Mercantil de Barcelona X, doña María Azucena Bullón Manzano, de fecha 28 de junio de 2019, por la que resuelve desestimar la solicitud de la socia minoritaria 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, 14 de octubre de 2019 (4.ª).–El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.

Resolución de 18 de octubre de 2019 (1.ª)

En el expediente 135/2019 que trae causa del 177/2017 sobre nombramiento de experto a instancia de socios de «Fontepazo, S.L.».

HECHOS

I

Doña R. A. S. y don J. A. Z. A., este último además de en nombre propio en representación de doña R. Z. A., don J. Z. A., don J. A. Z. A. y doña M. M. Z. A., presentaron un escrito de fecha 18 de junio de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Sevilla, en el que tuvo su entrada el día 19 inmediato posterior, en el que exponen:

a) Que el día 4 de febrero de 2019 el Registrador Mercantil alzo la suspensión referida a la emisión del informe para determinar el valor razonable de las participaciones de la sociedad.

Que el experto designado don J. S. G. disponía de dos meses para emitir el informe mencionado a contar desde su designación, plazo que se reanudó el citado 4 de febrero.

Que el artículo 354 de la Ley de Sociedades de Capital establece el plazo máximo de dos meses para la emisión del informe por lo que se ha producido la caducidad a que se refiere el artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil.

Que los días 4 de marzo y de abril y 6 de mayo de 2019 el citado experto solicitó la ampliación de plazo, solicitudes que revelan la perención del plazo para la emisión del informe por lo que caducado el encargo debe el Registrador Mercantil proceder a la designación de un nuevo experto.

b) Que la Ley de Sociedades de Capital habla de plazos máximos y el Reglamento del Registro Mercantil de la caducidad por lo que no puede entenderse que las solicitudes de prorroga interrumpan el plazo para la emisión del informe o que se entiendan concedidas automáticamente al precisar de la resolución del registrador como resulta del artículo 345 del Reglamento del Registro Mercantil.

Que de los artículos 2 y 32.3 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas resulta que la solicitud debe presentarse antes del vencimiento del plazo; ampliación que sólo puede extenderse a la mitad del establecido, lo que en el supuesto sería un mes lo que a su vez implica que en el momento en

que se presentó la última prórroga ya habría expirado el plazo (con cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2013)

C) Que en base a lo anterior solicitan del Registrador Mercantil la declaración de caducidad del cargo de don J. S. G. y la designación de un nuevo experto independiente para la valoración de las participaciones de «Fontepazo, S.L.».

II

El Registrador Mercantil de Sevilla núm. 3, don Juan Ignacio Madrid Alonso dictó resolución en fecha 27 de junio de 2019 por la que acordó inadmitir la solicitud al constar en el expediente las prórrogas de fechas 4 de marzo, 4 de abril y 4 de mayo de 2019 concedidas habida cuenta de la complejidad del caso. Además, resulta que el experto designado don J. S. G. ha aportado escrito al registro en fecha 19 de junio de 2019 en el que expone que ha procedido a notificar notarialmente el informe realizado tanto a la sociedad como los socios que han ejercido el derecho de separación, constando en el expediente copia por lo que procede el cierre del expediente.

IV

Doña R. A. S. y don J. A. Z. A., actuando en el mismo concepto en que presentaron la solicitud, por escrito de fecha 30 de julio de 2019, con sello de imposición de correos de fecha 31 de julio y que tuvo entrada el día 5 de agosto de 2019 en el Registro Mercantil de Sevilla, interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a, resumidamente, los siguientes argumentos: Que el registrador dictó resolución en fecha 21 de diciembre de 2017 designando experto y otorgando un plazo de cinco días para aceptar el encargo, encargo que no fue aceptado hasta el día 25 de enero de 2018 lo cual debe derivar en la caducidad del informe de valoración. Que el experto disponía de un plazo de dos meses para la elaboración del informe por lo que debió finalizarse antes del 25 de marzo de 2018 pero lo cierto es que no lo fue hasta el 22 de mayo de 2019, fecha en la que se había rebasado ampliamente el plazo de dos meses fijado por la legislación. Que el día 8 de marzo de 2018 el registrador suspendió el procedimiento, suspensión que no se alzó hasta el día 24 de enero de 2019 en una resolución en la que se le otorgaba el plazo de un mes para la realización del informe por lo que disponía hasta el día 24 de febrero de 2019. Que las solicitudes de prórroga presentadas por el experto lo fueron fuera de plazo. Que el registrador dictó tres diligencias de fechas 7 de marzo, 10 de abril y 13 de mayo de 2019 acordando la concesión de prórroga estando cada una de ellas dictada una vez vencido el plazo para emitir el informe. Que además dichas diligencias no aparecieron en el expediente sino con posterioridad. Por todo ello no se comparte la tesis del registrador que entiende que la concesión de las prórrogas ampara la no caducidad del informe. Que cita la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (sección 5.ª), de 22 de diciembre de 2011 de la que resulta que transcurrido el plazo de caducidad el derecho fenece. Que el instituto de la caducidad es de plena aplicación al caso porque el señor S. G. debía haber aceptado el encargo dentro de los cinco días siguientes a su nombramiento y sin embargo no lo hizo lo que conlleva la caducidad del nombramiento y la necesidad de estimación del recurso sin más consideraciones. Que incluso si se entendiera lo contrario las solicitudes de prórroga fueron presentadas expirado el plazo de un mes fijado por la resolución de 24 de enero de 2019: la primera el día 7 de marzo, la segunda el día 10 de abril (cuando había transcurrido un mes desde la anterior) y la tercera el día 13 de mayo (en iguales circunstancias). Que con reiteración de lo dispuesto en los artículos 2.2 y 32.3 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento

Administrativo Común de las Administraciones Públicas, las solicitudes de prórroga y las diligencias de concesión se presentaron y dictaron fuera de plazo, ampliándolo una vez ya concluido con cita de la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (sección 4.ª), de fecha 18 de octubre de 2002. Que las ampliaciones de plazo sólo pueden extenderse a la mitad del plazo de duración lo que no ocurrió en el supuesto de hecho con cita de la sentencia del Tribunal Supremo (sección 5.ª), de fecha 19 de marzo de 2013

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. El supuesto de hecho trae causa del expediente 177/2017 de esta Dirección General de los Registros y del Notariado que finalizó con la resolución de fecha 28 de noviembre de 2017 por la que se resolvió que los entonces solicitantes, que coinciden con los que ahora provocan la presente, tenían derecho a que por el Registrador Mercantil se designase experto independiente como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación al amparo de lo establecido en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

Como consecuencia de la interposición de demanda judicial contra la anterior resolución y notificado el registrador, resolvió en fecha 8 de marzo de 2018 la procedencia de suspender el procedimiento hasta que por resolución de fecha 24 de enero de 2019 se acordó levantarla.

Con anterioridad, en fecha 17 de enero de 2018, los ahora solicitantes habían instado del Registrador Mercantil la designación de un experto distinto a don J.S.G. alegando que el designado no había aceptado en el plazo previsto en la norma de cinco días y que el designado no era la persona adecuada para llevar a cabo el informe de valoración (a su juicio debía ser una sociedad de

tasación la que lo llevase a cabo). El Registrador Mercantil por resolución de 1 de febrero de 2018 rechazó dicha pretensión afirmando además que el designado había solicitado y se le había concedido una oportuna prórroga para aceptar la designación.

Ahora los solicitantes presentan un nuevo escrito en el que solicitan la declaración de caducidad del cargo del designado y el nombramiento de un nuevo experto. El registrador desestima la solicitud porque el cargo del experto había sido objeto de sucesivas prórrogas y porque el informe fue objeto de entrega el día 19 de junio de 2019 dando lugar al cierre del expediente. Los interesados recurren en los términos que resultan de los hechos.

2. El recurso no puede prosperar pues ninguna de las alegaciones que el escrito contiene puede enervar su contenido ni puede justificar en modo alguno que el procedimiento no haya satisfecho el interés de los solicitantes a que un experto independiente haya llevado a cabo la valoración de sus participaciones como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación.

Antes de fundamentar jurídicamente la anterior afirmación, es preciso reiterar la doctrina de esta Dirección General de los Registros y del Notariado sobre la naturaleza del procedimiento de designación de experto independiente.

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

vada que el mismo regula, la pretensión del socio sin perjuicio de la revisión jurisdiccional del acto administrativo que del procedimiento resulte.

Consecuencia de lo anterior es que ante la solicitud de designación de auditor a instancia de la minoría el procedimiento a seguir es el contemplado en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y en lo en ellos no dispuesto por las normas generales del procedimiento de conformidad con la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

3. Como ha reiterado esta Dirección General de los Registros y del Notariado en numerosas ocasiones el procedimiento de designación de experto que se lleva a cabo por los trámites de los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil es un procedimiento que se caracteriza, frente al régimen general, por la ausencia de formalidades especiales, por la flexibilidad de sus trámites y por la brevedad de sus plazos. La regulación especial obedece a la necesidad de que la situación de incertidumbre creada por la solicitud de designación de experto sea lo más breve posible y por situar su finalidad, la obtención del informe, por encima de la rigidez del procedimiento. De aquí que el ordenamiento sólo contemple como recurrible la propia decisión del registrador sobre la procedencia o improcedencia de la designación de experto (art. 354.3 del Reglamento del Registro Mercantil). Ahora bien, la incardinación del procedimiento especial en el general de procedimiento administrativo obliga, por el respeto debido a la posición de las partes interesadas, a que en aquellos supuestos legalmente previstos en que exista nulidad o causa de anulabilidad del procedimiento tales circunstancias hayan de ser objeto de conocimiento.

Desde esta perspectiva y como resulta del artículo 112.1 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas los actos de trámite, como es el que nos ocupa, sólo son recurribles en los términos que del mismo resulta; es decir, cuando «…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.»

Del escrito de recurso no resulta causa alguna que de conformidad con el artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas pueda producir la nulidad del expediente. Los defectos de tramitación aducidos (en esencia, extemporaneidad de la aceptación y de las prórrogas concedidas), no pueden acogerse a ninguna de las causas contempladas en el precepto.

Tampoco resulta causa alguna por la que pueda apreciarse anulabilidad en la tramitación del expediente conforme al artículo 48 de la misma Ley porque ni existe alegado defecto de forma alguno ni la realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido implica una anulabilidad por

resultar así de la naturaleza del término o plazo (art. 48.3). Para que así fuera sería preciso que del escrito de recurso resultase de forma terminante que la actuación llevada a cabo fuera de plazo impide al acto alcanzar su fin o es causa de indefensión (art. 48.2). Nada de esto resulta del escrito de recurso.

4. Dejando de lado la trascendente circunstancia de que el escrito de recurso lleva a cabo un erróneo cómputo de los plazos (que no se computan desde la resolución de nombramiento o de prórroga sino desde su aceptación o notificación; artículo 345 del Reglamento del Registro Mercantil y aun así teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 270 de la Ley de Sociedades de Capital), lo cierto es que las conclusiones a que se llega en el mismo son inadmisibles.

Como resulta de los hechos, y el escrito de recurso no lo discute en ningún momento, el experto designado solicitó y obtuvo un plazo de prórroga para decidir si aceptaba o no el encargo dadas las especiales complejidades que el supuesto presentaba.

La Instrucción de 9 de febrero de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre cuestiones vinculadas con el nombramiento de auditores, su inscripción en el Registro Mercantil y otras materias relacionadas establece lo siguiente en relación con la aceptación de la designación de auditor (aplicable a los expertos por innegable identidad de razón y porque el procedimiento es el mismo): «El plazo con que cuentan los auditores designados por el Registrador Mercantil para deliberar sobre la aceptación del encargo es de cinco días a contar desde la notificación, porque así resulta de lo que se establece en el artículo 344.2 del Reglamento del Registro Mercantil en materia de nombramiento de expertos independientes, aplicable supletoriamente al procedimiento de nombramiento de auditores en virtud de la remisión contenida en el artículo 364 del mismo Reglamento del Registro Mercantil. Antes de aceptar el nombramiento, el auditor de cuentas "debe evaluar el efectivo cumplimiento del encargo de acuerdo con lo dispuesto en la normativa reguladora de la actividad de auditoría de cuentas" (cfr. art. 265.3 Ley de Sociedades de Capital). Además, "Antes de aceptar el encargo y para su inscripción en el Registro Mercantil, se deberán acordar los honorarios correspondientes" (art. 267.3 del mismo texto legal). En determinadas circunstancias, el plazo reglamentario puede parecer insuficiente toda vez que el propuesto debe ponderar los costes previsibles para el desempeño de la función, así como su disponibilidad para realizar el trabajo dentro del plazo establecido y examinar su independencia y la eventual existencia de causas de incompatibilidad. Por aplicación de lo establecido en la legislación de procedimiento administrativo, cuya normativa es supletoria de la contenida en el Reglamento del Registro Mercantil, según tiene reiteradamente declarado este Centro Directivo, el registrador podrá conceder, de oficio o a petición del auditor designado, la ampliación de dicho plazo, de conformidad con lo dispuesto en la normativa aplicable al procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas. También podrá concederse dicha ampliación a petición del auditor designado, antes de que venza el plazo para pronunciarse sobre la aceptación,

mediante escrito en que se expongan las causas o razones para ello. Si el auditor designado no acepta el cargo sin alegar causa alguna, o por causa no justificada a juicio del registrador, o bien por rechazar la notificación de su nombramiento, el registrador notificará esta circunstancia al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas a los efectos que procedan.»

El mismo razonamiento cabe aplicar a las prórrogas para la realización del informe a que se refiere el artículo 345 del Reglamento del Registro Mercantil. En definitiva, la especialidad del procedimiento de designación de experto y la materia a que se refiere justifican que los plazos de aceptación del nombramiento y de realización del informe puedan ser objeto de modulación por parte del registrador en función de las circunstancias que se produzcan en la tramitación del expediente y en atención al cumplimiento de su finalidad.

Si a lo anterior se une el hecho de que los recurrentes no han acreditado en modo alguno que concurra alguna de las causas que el ordenamiento prevé para entender que el procedimiento se encuentra viciado (art. 48.3 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), la conclusión no puede ser otra que la desestimación del recurso. Efectivamente, nada hay en el escrito de recurso que permita sostener que la eventual trasposición del plazo (no acreditada por otra parte como quedó explicado más arriba), supone la frustración de la finalidad del procedimiento (bien al contrario, el informe consta realizado y entregado), o implique indefensión de los interesados. Cuestión distinta es que la parte recurrente considere que el contenido del informe no se ajusta a sus expectativas circunstancia que queda por completo fuera del objeto del expediente y que, en su caso, habrá que hacer valer en el procedimiento judicial correspondiente como igualmente quedó explicado más arriba.

5. Para finalizar y con el fin de no dejar sin respuesta ninguna de las alegaciones llevadas a cabo por los recurrentes, esta Dirección General no comparte el argumento sobre las limitaciones que al registrador se le pretenden imponer en la concesión de prórroga por aplicación de la norma general del artículo 32.1 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. En primer lugar, porque el precepto va dirigido a los interesados del procedimiento y difícilmente puede aplicarse al tercero, el experto, que es designado como consecuencia del mismo. En segundo lugar, porque el mismo precepto excluye el hecho de que exista norma en contrario, circunstancia relevante pues como queda dicho el procedimiento de designación de experto independiente es un procedimiento especial al que no se le aplican las normas generales del procedimiento administrativo sino en defecto de regulación propia. Y lo cierto es que el Reglamento del Registro Mercantil contiene normas (arts. 344 y 345), de las que resulta la atribución de un grado de discrecionalidad al registrador en función de la especialidad de la materia. No estamos pues ante plazos rígidos e inamovibles que justifiquen la anulación del procedimiento sino por el contario ante la consagración de un procedimiento ágil y flexible al servicio de su finalidad:

que un experto independiente lleve a cabo un informe sobre el valor razonable de unas acciones o participaciones. Es la consecución de esta finalidad, que a su vez sirve al derecho individual del socio a separarse de la sociedad cuando concurra causa legal o estatutaria la que debe presidir la tramitación del procedimiento sin caer en formalismos, como los propuestos por el escrito de recurso, que inviertan la ecuación. Por este motivo no cabe equiparar caducidad civil, institución que se refiere a la extinción de derechos de derecho civil como consecuencia del transcurso de un plazo con la caducidad de expedientes administrativos cuya regulación es completamente distinta y se encuentra, como ha quedado expuesto, en las leyes de procedimiento.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Sevilla núm. 3, don Juan Ignacio Madrid Alonso de fecha 27 de junio 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, 18 de octubre de 2019 (1.ª).–El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.

Resolución de 18 de octubre de 2019 (2.ª)

En el expediente 155/2019 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Productos Agrícolas de León, S.A.».

HECHOS

I

Don D. R. R. presentó un escrito de fecha 28 de junio de 2019, dirigido al Registro Mercantil de León, en el que solicitó, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de

Capital y como socio de «Productos Agrícolas de León, 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 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 celebró junta general el día 29 de abril de 2019 en la que estuvo presente notario al efecto de levantar la oportuna acta.

Del acta autorizada en fecha 29 de abril de 2019 por el notario de La Bañeza don Maximino Álvarez Solís y de su diligencia de la misma fecha resulta: Que la junta se reúne en la fecha señalada con la asistencia del cien por cien del capital social incluido el hoy solicitante debidamente representado. Que el primer punto del orden del día relativo al examen y aprobación de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017 es aprobado por el 72,73 % del capital con derecho a voto y con el voto en contra de la representante de quien hoy hace la solicitud. Que, en cuanto al segundo punto del orden del día relativo a la propuesta de aplicación del resultado, el presidente propone el pago de una cantidad de 50.000 euros a cada uno de los tres socios (con exclusión de una sociedad que ostenta igualmente la condición de socio) y destinar 600.000 euros a la ampliación de determinado almacén y a la creación de una oficina técnica de asesoramiento agrícola. La representante del hoy solicitante expresamente solicita que se destine a dividendo, al menos, el 25 % del beneficio obtenido. La propuesta de la presidencia se aprueba con las mismas mayorías que el acuerdo anterior y con la misma se rechaza la propuesta de la representante del solicitante quien hace constar su protesta por el acuerdo.

b) Que el día 24 de mayo de 2019 y mediante burofax notificó a la sociedad el ejercicio de su derecho de separación al amparo del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, proponiendo una valoración para sus acciones y, en caso de no ser aceptada, proponiendo a determinada experta para que la llevase a cabo. Se acompaña copia.

c) Que la sociedad contestó mediante burofax de fecha 10 de junio de 2019 en el que acepta el ejercicio del derecho de separación, pero no así la valoración ni la experta propuestas. De copia que se acompaña resulta el rechazo a la valoración propuesta, así como la afirmación de que si lo desea la sociedad repartirá el beneficio en los términos en que lo expuso en la junta general.

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 ejercicio del derecho de separación se ha realizado de forma contraria a la buena fe. Que la sociedad es de tipo familiar perteneciendo a tres hermanos y a una sociedad que asimismo está participada por los mismos y que ha venido ejerciendo su actividad con normalidad. 2.º Que la junta general se celebró el día 29 de abril de los corrientes para aprobar las cuentas del ejercicio 2017, momento en el que no había entrado en vigor la redacción actual del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. Que el administrador que se opone actúa como tal desde el 8 de mayo de 2018 pues hasta ese momento la sociedad se regía por un consejo de administración del que formaba parte el socio hoy solicitante y como tal participó en la formulación de las cuentas de ejercicios precedentes y las aprobó sin reserva alguna mientras que es ahora cuando ha dejado de serlo, actuando contra sus propios actos y en contra de sus actos de los últimos años, es cuando opta por ejercer malintencionadamente el derecho de separación. Que entendiendo que no concurren los requisitos del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital se opone a la solicitud.

III

El Registrador Mercantil de León, don Oscar María Roa Nonide dictó resolución en fecha 26 de julio 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 acciones de acuerdo con el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil.

IV

Don G. R. R., como administrador único de la sociedad, por escrito de fecha 12 de agosto de 2019 interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a, resumidamente, los siguientes argumentos: Que el socio que ejerce el derecho de separación no hizo ninguna manifestación al resto de socios en la junta general ni con anterioridad de su deseo de separarse de la sociedad pues su representante se limitó a protestar por el hecho de que la propuesta de aplicación no coincidiese con la de la memoria. Que la aprobación que hizo la junta no supone un perjuicio para el socio por lo que el ejercicio del derecho de separación se ha llevado a cabo con mala fe y con la única finalidad de perjudicar. Que esto es así porque la junta de 2019 tuvo como objeto aprobar las cuentas del ejercicio 2017 antes de la entrada en vigor de la nueva redacción del artículo 348 bis, precepto que ha generado una gran polémica desde su introducción. Que es ahora cuando ha dejado de formar parte del órgano de administración que formuló las cuentas de ejercicios anteriores y las aprobó cuando va contra sus propios actos y en contra de decisiones de las que ha participado. Que como fundamentos sustantivos hay que hacer notar que la junta aprobó los resultados del ejercicio 2017, año en el que el derecho de separación del socio que contempla el artículo 348 bis no estaba en vigor. Que si el legislador no quiso que entrara en vigor el artículo 348 bis hasta el ejercicio 2018 es evidente que quería que desplegase sus efectos en dicho ejercicio. Que el ejercicio del derecho de separación de mala fe no está amparado por el art. 7 del Código Civil pues no avisó de sus intenciones y lo que el socio pretendía lo consiguió mediante el engaño. Que el beneficio del ejercicio 2017 ascendió a la cantidad de 2.022.645 euros por lo que el 25 % asciende a la cantidad de 505.661,25 euros lo que repartido entre cuatro socios asciende a 126.415,312 y si los hermanos socios hubieran conocido las intenciones del solicitante habrían accedido a la entrega de la cantidad negada. Que en definitiva su actitud sólo obedece a intereses contrarios al espíritu societario.

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. Un socio de una sociedad anónima que vota en contra de la propuesta de aplicación del resultado referido al ejercicio 2017 en la junta general de la sociedad celebrada el día 29 de abril de 2019, ejerce el derecho de separación. La sociedad, que en su escrito de contestación al socio acepta la separación, se opone sin embargo en el trámite del artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil en los términos que resultan de los hechos. El registrador desestima la oposición y la sociedad recurre.

2. El recurso no puede prosperar pues ninguno de los motivos alegados por la sociedad pueda enervar el hecho de que el socio reúne los requisitos exigidos por el artículo 348 bis para el ejercicio de su derecho de separación.

Con carácter previo a la fundamentación del fondo del asunto es preciso aclarar una cuestión que plantea el escrito de recurso y que se refiere a la norma aplicable al supuesto de hecho.

Como esta Dirección ha recordado en numerosas ocasiones, la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de Reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007 (LCEur 2007\1230), sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas, introdujo en nuestro ordenamiento jurídico un nuevo supuesto de derecho de separación al incorporar el artículo 348 bis al texto de la Ley de Sociedades de Capital.

El precepto entró en vigor el 2 de octubre de 2011 (a los dos meses de la publicación en el Boletín Oficial del Estado de la Ley 25/2011, de 1 de agosto), y se mantuvo vigente hasta el 23 de junio de 2012. A partir del 24 de junio de 2104 su vigencia fue suspendida, primero hasta el 31 de diciembre de 2014 (por la Ley núm. 1/2012, de 22 de junio), y después hasta el 31 de diciembre de 2016 (por la Ley núm. 9/2015, de 25 de mayo). Dicho precepto, que ciertamente ha sufrido un iter legislativo peculiar, se encuentra plenamente vigente desde el día 1 de enero de 2017.

En consecuencia no es cierto, como afirma el escrito de recurso, que el precepto no estuviese en vigor durante dicho ejercicio, aunque lo cierto es que dicha circunstancia resulta irrelevante. Desde el día 1 de enero de 2017 el repetido artículo despliega su eficacia con independencia del ejercicio a que se refiera, pues la norma carece de cualquier limitación al respecto. Como reconoció la sentencia 84/2014 de 21 marzo de la Audiencia Provincial de A

Coruña (Sección 4.ª): «Y efectivamente, en el orden del día de la convocatoria de fecha 8 de agosto de 2011 para la Junta General Ordinaria de Accionistas se hace constar "Examen y aprobación, en su caso, de la propuesta de aplicación del resultado del ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2010". Dicha Junta de la mercantil demandada se celebra el 15 de octubre de 2011, cuando ya estaba en vigor el art. 348 bis, votando los socios demandantes en contra de no repartir dividendos, al menos un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social, aprobándose por la mayoría del capital social la propuesta de aplicar el resultado del ejercicio cerrado de 2010 a reservas. Este es el momento de la decisión de la voluntad social, el acuerdo adoptado en Junta General de Accionistas. Y como vimos se ejercita el derecho de separación por los socios demandantes dentro del mes siguiente, que es el plazo de su ejercicio, estando también en dicho momento en vigor dicho precepto, admitir lo contrario iría en contra del principio de seguridad jurídica en el tráfico jurídico, por otra parte es conocida, por reiterada, la jurisprudencia a la hora de interpretar de forma restrictiva las normas de derecho transitorio, sin extender los términos legales a situaciones no contempladas.»

La sentencia transcrita reconoce que es el momento del acuerdo de la junta cuando debe estar en vigor el precepto al ser cuando nace el derecho de separación por concurrencia de los requisitos legales, y con independencia de si lo estaba al cierre del ejercicio cuya aplicación del resultado se ha votado. Dicha doctrina 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.

El criterio jurisprudencial ha sido expresamente sancionado por 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 que 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.

La disposición transitoria de la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, dice así en su apartado primero: «Las modificaciones introducidas por esta Ley, mediante los artículos primero, segundo y tercero, serán de aplicación para los ejercicios económicos que se inicien a partir del 1 de enero de 2018. Por excepción, las modificaciones introducidas por esta Ley mediante el

artículo segundo apartado seis en el artículo 348 bis del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, serán de aplicación a las juntas generales que se celebren a partir del mismo día de su entrada en vigor.»

Por su parte la disposición final séptima de la Ley 11/2018 establece que: «Esta Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado», circunstancia que se produjo el día 30 de diciembre de 2018.

En consecuencia, es de aplicación la nueva redacción del artículo 348 bis a los acuerdos de aprobación de cuentas adoptados a partir del día 31 de diciembre de 2018. En consecuencia y por lo que se refiere al supuesto de hecho es de aplicación la nueva redacción del artículo 348 bis que 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. 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. Lo dispuesto en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio del ejercicio de las acciones de impugnación de acuerdos sociales y de responsabilidad que pudieran corresponder. 2. Para la supresión o modificación de la causa de separación a que se refiere el apartado anterior, será necesario el consentimiento de todos los socios, salvo que se reconozca el derecho a separarse de la sociedad al socio que no hubiera votado a favor de tal acuerdo. 3. 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. 4. Cuando la sociedad estuviere obligada a formular cuentas consolidadas, deberá reconocerse el mismo derecho de separación al socio de la dominante, aunque no se diere el requisito establecido en el párrafo primero de este artículo, si la junta general de la citada sociedad no acordara la distribución como dividendo de al menos el veinticinco por ciento de los resultados positivos consolidados atribuidos a la sociedad dominante del ejercicio anterior, siempre que sean legalmente distribuibles y, además, se hubieran obtenido resultados positivos consolidados atribuidos a la sociedad dominante durante los tres ejercicios anteriores. 5. Lo dispuesto en este artículo no será de aplicación en los siguientes supuestos: a) Cuando se trate de sociedades cotizadas o sociedades cuyas acciones estén admitidas a negociación en un sistema multilateral de negociación. b) Cuando la sociedad se encuentre en concurso. c) Cuando, al amparo de la legislación concursal, la sociedad haya

puesto en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso la iniciación de negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, o cuando se haya comunicado a dicho juzgado la apertura de negociaciones para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos. d) Cuando la sociedad haya alcanzado un acuerdo de refinanciación que satisfaga las condiciones de irrescindibilidad fijadas en la legislación concursal. e) Cuando se trate de Sociedades Anónimas Deportiva.»

3. Establecido lo anterior el recurso no puede prosperar. La sociedad recurrente en realidad no entra en la discusión de si el socio reúne o no los requisitos establecidos en el artículo 348 bis para el ejercicio del derecho de separación al basar su argumentación (aparte de la cuestión del derecho aplicable), en su mala fe.

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). 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.

Si la sociedad considera que de las circunstancias que estima relevantes o de la conducta de las partes existen motivos suficientes para que por la autoridad judicial se modere o alteren las consecuencias que de la aplicación del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital puedan derivarse debe hacerlo en el procedimiento judicial que corresponda. Lo que no puede pretender es que esta Dirección desvirtúe el contenido de este procedimiento más allá de lo que constituye su objeto y finalidad.

En definitiva, este Centro Directivo no puede valorar la conducta del solicitante como pretende la sociedad recurrente al limitarse el objeto de este expediente a determinar si concurren o no los requisitos para el ejercicio del derecho de separación.

Al respecto es doctrina muy consolidada de esta Dirección que siendo indiscutible que nuestro ordenamiento jurídico no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo pues el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización de buena fe (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 perti-

nencia 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, 6 de junio, 2 y 4 de octubre y 27 y 28 de noviembre de 2018).

Las conclusiones anteriores no se ven alteradas por las afirmaciones de parte sobre la actuación del socio que se separa en ejercicios anteriores y en el seno del órgano de administración ni tampoco sobre cuál sea su intención última, o sobre cuál hubiera sido la actitud de la junta de conocer lo que se proponía, cuestiones todas ellas que, como queda dicho, no pueden ser valoradas en el ámbito de este expediente.

4. Por último es irrelevante que el socio que se separa no advirtiera de sus intenciones al resto de socios o a la propia sociedad pues dicha circunstancia no es precisa para el ejercicio del derecho de separación al amparo del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. La redacción vigente exige que el socio haga constar en acta su protesta por la insuficiencia del reparto de dividendos y como resulta del acta notarial aportada así se hizo por su representante en la junta en que se acordó la aplicación de resultado tras fracasar su propuesta de reparto de dividendo. Procede pues la desestimación del recurso.

Esta Dirección General ha resuelto En consecuencia, el Registrador adscrito que suscribe desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de León, don Oscar María Roa Nonide de fecha 26 de julio 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, 18 de octubre de 2019 (2.ª).–El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.

Resolución de 18 de octubre de 2019 (3.ª)

En el expediente 137/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Romalca, S.L.».

HECHOS

I

Doña ……, como heredera única y legataria de don …… y, por tanto, administradora de la herencia yacente del mismo, presenta escrito de fecha 19 de febrero de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, que tuvo su entrada el día 27 del mismo mes, en el que solicitó al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5 % del capital social de la mercantil «Romalca, S.L.» (titular del 30 % del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

Junto con dicha solicitud acompaña fotocopia del acta de requerimiento otorgada el 10 de mayo de 2017 ante doña Esperanza Quilez Pomares, Notario de Oropesa del Mar, en cuyo punto tercero consta la aceptación expresa a beneficio de inventario de la referida herencia.

II

Mediante resolución de fecha 1 de marzo de 2019 el Registrador Mercantil de Madrid, don Juan Sarmiento Ramos, requiere a la solicitante para que acredite su condición de socia de la mercantil. Dicho requerimiento es atendido mediante escrito de fecha 6 de marzo que es presentado el día 18 del mismo mes. Junto a dicho escrito acompaña copia del acta de formación de inventario otorgada ante doña Esperanza Quilez Pomares con número de protocolo 1816 del año 2018 donde resultan inventariadas las referidas participaciones sociales.

Mediante resolución de fecha 21 de marzo de 2019 el Registrador Mercantil de Madrid, don Juan Sarmiento Ramos, requiere a la solicitante para que acredite la titularidad del causante don …… de tales participaciones sociales. Dicho requerimiento es atendido mediante escrito de fecha 8 de abril que es presentado el día siguiente al que se acompaña copia del acta de titularidad real otorgada el día 6 de febrero de 2015 ante don Luis Pérez

Esclar Hernando, Notario de Madrid, en la que constan las participaciones que el causante era titular.

III

Los anteriores escritos son notificados a la mercantil por resolución de 16 de abril de 2019 en el domicilio social, que es recibido el día 23 del mes siguiente. La mercantil formula oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito de 29 de abril, indicando que la solicitante «carece de legitimación activa» ya que «no tiene la condición de socia de "Romalca, S.L.", al haber sido ejercitado el derecho de adquisición preferente de las acciones legadas por el socio superviviente don ……». Acompaña copia del acta de requerimiento y notificación otorgada el 20 de septiembre de 2017 ante don Tomás Pérez Ramos, Notario de Madrid, del que resulta el requerimiento para ejercitar tal derecho de adquisición preferente.

IV

Mediante resolución de fecha 9 de mayo de 2019 el Registrador Mercantil de Madrid, don Juan Sarmiento Ramos, requiere a la solicitante para que acredite la fecha de notificación a la sociedad del fallecimiento de don ……, así como su condición de sucesora, y a don …… para que acredite la satisfacción del valor razonable de las participaciones sociales.

Dicho requerimiento es atendido por don …… mediante escrito de fecha 28 de mayo del que resulta que el valor no ha sido satisfecho ya que no hay acuerdo sobre tal importe entre las partes; y por doña ……, debidamente representada por doña ……, mediante escrito de fecha 29 de mayo del que resulta la notificación a don …… mediante burofax de 25 de mayo que fue recibido el día siguiente.

V

El Registrador Mercantil de Madrid, don Juan Sarmiento Ramos, dictó resolución de fecha 7 de junio de 2019 por la que acordó «estimar la solicitud de nombramiento de auditor de cuentas para verificar las correspondientes al ejercicio 2018 de la sociedad «Romalca, S.L.».

VI

Don ……, apoderado de la sociedad, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 7 de junio, reiterando el argumento anteriormente expuesto al negar la legitimidad de la solicitante.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

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

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

Este criterio ha sido sancionado por la doctrina del Tribunal Supremo que en su sentencia de 9 de marzo de 2007, con cita de la doctrina de este Centro Directivo afirma: «La posibilidad de que, en las sociedades no sometidas a verificación obligatoria, la minoría acuda a la designación de un auditor por el Registro Mercantil trata de asegurar el control de las cuentas por un profesional independiente…pero no protege el hecho de que actúe un concreto y determinado profesional, creando una suerte de vinculación in *tuitu perssonae* entre la empresa o entidad y el profesional que recibe el encargo de llevar a efecto la revisión.» Y más adelante continúa: «La designación se verifica no en razón de condiciones o circunstancias que puedan concurrir en un determinado profesional, sino por un mecanismo aleatorio que tiene por base una consideración de equivalencia o igualdad entre los profesionales inscritos en las listas.» Para terminar afirmando que: «Hay que añadir a ello la consolidada opinión emitida reiteradas veces por la Dirección General de Registros y del Notariado…en orden a considerar que el derecho del accionista a solicitar la auditoría prevista en el artículo 265.2 LSA queda enervado por el encargo

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

2. El objeto de este expediente se limita por tanto 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). 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.

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 la solicitante, limitándose a negarlo. Efectivamente doña …… para acreditar su condición de socia presenta fotocopia del acta de requerimiento otorgada el 10 de mayo de 2017 ante doña Esperanza Quilez Pomares, Notario de Oropesa del Mar, en cuyo punto tercero consta la aceptación expresa a beneficio de inventario de la referida herencia, copia del acta de formación de inventario otorgada ante doña Esperanza Quilez Pomares con número de protocolo 1816 del año 2018 donde resultan inventariadas las referidas participaciones sociales, y copia del acta de titularidad real otorgada el día 6 de febrero de 2015 ante don Luis Pérez Esclar Hernando, Notario de Madrid, en la que constan las participaciones que el causante era titular.

Como anteriormente se ha expuesto la sociedad manifiesta la carencia de legitimación activa para iniciar el presente expediente por parte de la solicitante al indicar que don …… ha ejercitado el derecho de adquisición preferente respecto de tales participaciones sociales, acompañando simplemente copia del acta de requerimiento y notificación otorgada el 20 de septiembre de 2017 ante don Tomás Pérez Ramos, Notario de Madrid, del que resulta el requerimiento para ejercitar tal derecho de adquisición preferente, constando expresamente el desacuerdo en la valoración de las mismas y por tanto su no

satisfacción. Por tanto, en ningún caso puede concluirse que efectivamente tal derecho haya devenido en la oportuna transmisión dominical.

Además, resulta acreditado que la solicitante notifica el fallecimiento del causante a la sociedad mediante burofax de fecha 25 de mayo de 2017, que es recibido el día siguiente, resultando por tanto extemporánea el acta de requerimiento y notificación otorgada el 20 de septiembre de 2017 anteriormente citada.

Sobre la cuestión de la legitimación del socio minoritario ha tenido ocasión de pronunciarse reiteradamente la Dirección General de los Registros y del Notariado 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.

Por tanto, debe afirmarse que la peticionaria ha aportado un principio de prueba mediante la aportación de la documentación relacionada en la presente resolución, debiendo concluirse que la sociedad no ha desvirtuado el principio de prueba de la legitimidad del solicitante debiendo ser desestimado el presente recurso.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Madrid, don Juan Sarmiento Ramos, de fecha 7 de junio 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, 18 de octubre de 2019 (3.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.

Resolución de 24 de octubre de 2019

En el expediente 130/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Ozoaqua, S.L.».

HECHOS

I

Don ……, administrador único de la sociedad «Ozoaqua, S.L.», presentó escrito de fecha 28 de febrero de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Santiago de Compostela, en el que tuvo su entrada el día 1 de marzo, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, y como titular de más del 5 % del capital social de la mercantil «Ozoaqua, S.L.» (titular del 6,38 % del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

Mediante resolución de 7 de marzo de 2019 el Registrador Mercantil de Santiago de Compostela suspende el presente expediente al encontrarse presentada en fecha 31 de diciembre de 2018 certificación expedida por el administrador de la mercantil «Ozoaqua, S.L.» por la que procede al nombramiento de auditor para el ejercicio 2018 a instancia de la sociedad.

II

Una vez caducada la anteriormente referida presentación, dicha solicitud es notificada a la mercantil por resolución de fecha 22 de abril de 2019, siendo recibida en el domicilio social el día 13 de mayo.

III

La sociedad formula oposición mediante escrito presentado el 28 de mayo, fuera del plazo legalmente previsto, alegando el previo nombramiento de auditor a instancia de la mercantil.

IV

La Registradora Mercantil de Santiago de Compostela, doña María Teresa Ferrín Sanmartín, dictó resolución de fecha 28 de marzo de 2019, por la que acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor para el ejercicio 2018 de la sociedad «Ozoaqua, S.L.».

V

Don ……, administrador único de la mercantil «Ozoaqua, S.L.» interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 28 de marzo, alegando el

previo nombramiento de auditor voluntario por la mercantil lo que acredita con certificación de fecha 28 de diciembre de 2018, expedida por el administrador único, de la que resulta que en fecha 26 de diciembre de 2018 se acordó nombrar a la sociedad «ACR AUDITORES GROUP, S.L.P.» «ACR Auditores Group, S.L.P.» para que lleve a cabo la auditoría correspondiente al ejercicio 2018, así como escrito de fecha 7 de enero de 2019 del que resulta la aceptación del encargo por parte de la citada auditora.

VI

Mediante resolución de fecha 1 de agosto de 2019 este Centro Directivo, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 118.1 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, requiere a la mercantil para que justifique la inscripción en el Registro Mercantil del auditor designado por la sociedad o bien que acredite bien la puesta a disposición de los socios del referido informe o su aportación al expediente. Dicho requerimiento no es atendido por la sociedad requerida.

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 con-

forme a las normas legales, reglamentarias y técnicas que regulan la actividad auditora.

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

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

Inscrito el nombramiento de auditor voluntario el depósito de las cuentas sólo puede llevarse a cabo si vienen acompañadas del oportuno informe de verificación. Así lo ha sancionado expresamente la modificación del artículo 279 de la Ley de Sociedades de Capital (que entró en vigor el día 1 de enero de 2016; disposiciones finales cuarta y decimocuarta de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas), cuando dice en su inciso final: «Los administradores presentarán también, el informe de gestión, si fuera obligatorio, y el informe del auditor, cuando la sociedad esté obligada a auditoría por una disposición legal o ésta se hubiera acordado a petición de la minoría o de

forma voluntaria y se hubiese inscrito el nombramiento de auditor en el Registro Mercantil.»

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

2. En el presente expediente resulta por un lado que el socio minoritario presenta su solicitud en el Registro Mercantil en fecha 1 de marzo de 2019 y, por otro, que la sociedad acredita que nombró auditor voluntario para el mismo ejercicio con carácter previo al acompañar certificación expedida por el administrador único, de la que resulta que en fecha 26 de diciembre de 2018 se acordó nombrar a la sociedad «ACR Auditores Group, S.L.P.» para que lleve a cabo la auditoría correspondiente al ejercicio 2018, así como escrito de fecha 7 de enero de 2019 del que resulta la aceptación del encargo por parte de la citada auditora.

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

3. El recurso no puede prosperar ya que, si bien ha quedado acreditado el nombramiento anterior, como así resulta de la documentación aportada por la sociedad al expediente, concretamente la certificación de la designación, no se ha garantizado de manera adecuada el interés protegible por el presente expediente.

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

4. Sin embargo, debe tenerse en cuenta en este expediente que resulta forzoso entender que el interés que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital pretende proteger no está debidamente salvaguardado por cuanto la pretensión de que las cuentas de la sociedad sean sometidas al examen de un auditor con el fin de determinar si expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación, no ha sido debidamente cumplimentado (art. 4.1 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas). Procede por este mismo motivo la desestimación del recurso.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la Registradora Mercantil de Santiago de Compostela, doña María Teresa Ferrín Sanmartín, de fecha 28 de marzo de 2019, por la que resuelve proceder al nombramiento de auditor de cuentas solicitado, al no quedar debidamente garantizado el interés del socio minoritario, no habiéndose acreditado ni la inscripción del nombramiento del auditor a instancia de la mercantil ni la puesta a disposición de los socios del correspondiente informe de auditoría.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución 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, 24 de octubre de 2019.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.

Resolución de 31 de octubre de 2019 (1.ª)

En el expediente 162/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Mas Studio Inpau and More, S.L.».

HECHOS

I

Don ……, administrador único de la sociedad «Wacokcharl, S.L.», presenta escrito de fecha 6 de febrero de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, en el que tuvo su entrada el día 28 de marzo, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, y como titular de más del 5 % del capital social de la mercantil «Mas Studio Inpau and More, S.L.» (titular del 20 % del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

II

Dicha solicitud es notificada a la mercantil por resolución de fecha 1 de abril de 2019, siendo recibida en el domicilio social el día 3 del mismo mes para que, en su caso, formule la oportuna oposición.

III

La sociedad formula oposición mediante escrito de fecha 9 de abril de 2019 que es presentado el día 11 del mismo mes, alegando el previo nombramiento de auditor a instancia de la mercantil, así como la falta de legitimación del solicitante.

Mediante resolución de fecha 18 de abril de 2019 se requiere a la sociedad para que aporte un principio de prueba que acredite la falta de legitimidad del solicitante, así como la oportuna inscripción del auditor nombrado a instancia de la mercantil.

Dicho requerimiento es atendido por escrito de 6 de mayo al que se adjunta copia de la certificación del nombramiento de auditor, así como la aceptación del mismo. A su vez se adjunta copia de la instancia de presentación a inscripción del nombramiento de auditor a instancia de la sociedad en el Registro Mercantil de Barcelona de fecha 6 de mayo de 2019. Mediante resolución de fecha 20 de mayo de 2019 el Registrador Mercantil de Barcelona suspende el procedimiento de nombramiento de auditor a instancia del socio minoritario en tanto no hubiera caducado la anteriormente referida presentación.

IV

El Registrador Mercantil de Barcelona, don Jesús González García, una vez caducado el asiento de presentación al haber sido calificado defectuoso y no haberse subsanado, dictó resolución de fecha 19 de agosto de 2019 por la que acordó estimar la solicitud de nombramiento de auditor para el ejercicio 2018 de la sociedad «Mas Studio Inpau and More, S.L.».

V

Doña ……, administradora de la mercantil «Mas Studio Inpau and More, S.L.», interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 19 de agosto, reiterando exclusivamente el previo nombramiento de auditor voluntario por la mercantil lo que acredita con certificación de fecha 4 de julio de 2019, expedida por la administradora, de la que resulta que en la misma fecha se acordó ratificar el nombramiento del auditor «Audiforma Censores Jurados de Cuentas, S.L.», para los ejercicio 2018, 2019 y 2020.

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 aque-

lla efectivamente se realice y el socio pueda tener perfecto conocimiento de la contabilidad de la sociedad».

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

Inscrito el nombramiento de auditor voluntario el depósito de las cuentas sólo puede llevarse a cabo si vienen acompañadas del oportuno informe de verificación. Así lo ha sancionado expresamente la modificación del artículo 279 de la Ley de Sociedades de Capital (que entró en vigor el día 1 de enero de 2016; disposiciones finales cuarta y decimocuarta de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas), cuando dice en su inciso final: «Los administradores presentarán también, el informe de gestión, si fuera obligatorio, y el informe del auditor, cuando la sociedad esté obligada a auditoría por una disposición legal o ésta se hubiera acordado a petición de la minoría o de forma voluntaria y se hubiese inscrito el nombramiento de auditor en el Registro Mercantil.»

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

2. En el presente expediente resulta por un lado que el socio minoritario presenta su solicitud en el Registro Mercantil en fecha 28 de marzo de 2019 y, por otro, que la sociedad acredita que nombró auditor voluntario para el mismo ejercicio con carácter previo al acompañar certificación expedida por el administrador único, de la que resulta que en fecha 20 de diciembre de 2018 se acordó nombrar a la sociedad «Audiforma Censores Jurados de Cuentas, S.L.» para que lleve a cabo la auditoría correspondiente al ejercicio 2018 siendo posteriormente ratificado por acuerdo de la Junta General de fecha 4 de julio de 2019.

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

3. El recurso no puede prosperar ya que, si bien ha quedado acreditado tanto el nombramiento anterior, como así resulta de la documentación aportada por la sociedad al expediente, concretamente la certificación de la designación, no se ha garantizado de manera adecuada el interés protegible por el presente expediente.

En este sentido conviene recordar que, si bien es cierto que la doctrina de esta Dirección General había venido exigiendo que la fecha anterior de nombramiento resultase de forma fehaciente, lo cierto es que la más reciente doc-

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

4. Sin embargo, debe tenerse en cuenta en este expediente que resulta forzoso entender que el interés que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital pretende proteger no está debidamente salvaguardado por cuanto la pretensión de que las cuentas de la sociedad sean sometidas al examen de un auditor con el fin de determinar si expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación, no ha sido debidamente cumplimentado (art. 4.1 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas). Procede por este mismo motivo la desestimación del recurso.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso y confirmar la resolución de la Registradora Mercantil de Barcelona, Don Jesús González García, de fecha 19 de agosto de 2019, por la que resuelve proceder al nombramiento de auditor de cuentas solicitado, al no quedar debidamente garantizado el interés del socio minoritario al no acreditarse ni la inscripción del nombramiento del auditor a instancia de la mercantil ni la puesta a disposición de los socios del correspondiente informe de auditoría.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución 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, 31 de octubre de 2019 (1.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.

Resolución de 31 de octubre de 2019 (2.ª)

En el expediente 163/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Expomóvil Úbeda, S.L.».

HECHOS

I

Don ……, abogado en nombre y representación de doña ……, presentó un escrito de fecha 28 de marzo de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Jaén, 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 «Expomóvil Úbeda, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

Dicha solicitud fue notificada a la sociedad por resoluciones de 2 y 29 de abril en el domicilio social y en el domicilio del administrador único que constan en la hoja registral de la mercantil para que formulare oposición al nombramiento si lo estimaba oportuno, siendo ambas devueltas.

En fecha 28 de mayo de 2019 se publica en el BOE Notificación edictal conforme a lo previsto en los artículos 42 y 44 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

II

La sociedad no formula oposición en el plazo legalmente previsto.

III

La Registradora Mercantil de Jaén, doña María Belén López Espada, dictó resolución en fecha 20 de junio de 2019 por la que acordó proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don ……, administrador único de la sociedad, presenta escrito de alegaciones de fecha 17 de septiembre en que solicita se declaren nulas las notificaciones practicadas al no haberse realizado en el domicilio social ni en el suyo propio.

Mediante resolución de fecha 22 de agosto de 2019 la Registradora Mercantil de Jaén desestima tales alegaciones reiterando la oportuna notificación edictal al haber resultado infructuosa la previamente realizada en el domicilio social y en el domicilio del administrador único que resulta del historial registral de la sociedad.

V

Don ……, administrador único de la sociedad, interpone recurso gubernativo contra la resolución de 20 de junio de 2019 reiterando la nulidad de las notificaciones, así como la falta de legitimidad de la solicitante como consecuencia de un acuerdo de fecha 31 de julio de 2017 de reducción y ampliación de capital que no se ha elevado a público ni por lo tanto inscrito.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. El presente recurso no puede prosperar por ninguno de los dos motivos alegados. En primer lugar, se niega la legitimidad del socio solicitante como consecuencia de un acuerdo de reducción y aumento de capital acordado el 31 de julio de 2017 que no ha sido elevado a público ni por tanto inscrito. En segundo lugar, se solicita la nulidad del procedimiento como consecuencia de que las notificaciones no se han practicado en el domicilio real de la mercantil ni en el particular del administrador único.

2. Sobre la cuestión de 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, 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.

4. En segundo lugar se plantea la nulidad de las notificaciones practicadas tanto en el domicilio social de la mercantil como en el del administrador único que figuran en la hoja social, al no corresponder con el real.

La cuestión se traslada por tanto a si la sociedad ha sido debidamente notificada en el domicilio que constaba en el Registro Mercantil, dándose a su vez la circunstancia de que ha tenido pleno conocimiento del expediente al haber presentado tanto el escrito de alegaciones como el escrito de recurso anteriormente referido.

5. El recurso tampoco puede prosperar por este motivo ya que no puede aceptarse la alegación de la sociedad relativa a que el domicilio en el que se han realizado las notificaciones es distinto a su domicilio real. Las sociedades de capital pueden establecer su domicilio donde tengan por conveniente con dos limitaciones: que sea en territorio español y que en él «…se halle el centro de su efectiva administración y dirección, o en el que radique su principal establecimiento o explotación» (art. 9 de la Ley de Sociedades de Capital). Si el domicilio señalado no coincide con la real dicha circunstancia no perjudica a terceros (art. 10 de la propia Ley de Sociedades de Capital en relación con el artículo 20 del Código de Comercio). Que exista coincidencia es responsabilidad del órgano de administración a quien incumbe el deber de llevar la gestión de la sociedad con la diligencia debida (art. 225 de la Ley) y a quien

incumbe la iniciativa para modificar, en su caso, el contenido de los estatutos (art. 286 de la Ley de Sociedades de Capital). En consecuencia y como resulta del propio expediente, es el propio órgano de administración el que debe de tomar las medidas precisas para que el domicilio real y el domicilio social fijado en estatutos y publicado coincidan, deber muy favorecido por el legislador que, salvo disposición contraria de los estatutos, autoriza a cumplir dentro del mismo término municipal sin necesidad de acuerdo social de modificación de estatutos (art. 285.2 de la Ley de Sociedades de Capital).

No cabe en consecuencia apreciar indefensión alguna de la sociedad que pueda provocar la nulidad del expediente (art. 62 de la Ley 30/1992), pues ha sido la propia sociedad quien, con su inacción, ha provocado que un tercero (en este caso la Administración), haya realizado la notificación de la existencia de solicitud de verificación contable por socio minoritario, en el domicilio señalado por la propia sociedad en el Registro Mercantil. Además, la inexistencia de indefensión material es patente en cuanto que la sociedad ha tenido ocasión de provocar este recurso y alegar lo que en defensa de sus intereses ha tenido por conveniente. No ha existido una situación definitiva en vía administrativa ante la que no haya podido reaccionar debidamente la sociedad. Por otro lado, la actuación del Registro Mercantil de Jaén ha sido impecable en la medida en que a partir del momento en que la propia sociedad ha puesto de manifiesto la existencia de un domicilio real distinto del inscrito en sus libros, ha llevado a cabo las notificaciones en el mismo.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso y confirmar la resolución de la Registradora Mercantil de Jaén, doña María Belén López Espada, de fecha 20 de junio 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, 31 de octubre de 2019 (2.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.

Resolución de 7 de noviembre de 2019 (1.ª)

En el expediente 159/2019 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Iter Law & Partners, S.L.P.».

HECHOS

I

Don A. Z. G. P., actuando en representación, como apoderado, de la sociedad Firma FGM Abogados y Asesores Fiscales S.L.P., presentó un escrito de fecha 2 de julio 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 socio su representada de «Iter Law & Partners, S.L.P.», el nombramiento de un experto para que proceda a la determinación del valor razonable de las participaciones como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación al amparo del artículo 13 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo de Sociedades Profesionales.

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

a) Que el día 27 de junio de 2019 ejerció el derecho de separación de la sociedad al amparo del artículo 13 de la Ley de Sociedades Profesionales lo que notificó a la sociedad «Iter Law & Partners, S.L.P.». Se acompaña copia de la carta en la que el socio notifica el ejercicio de su derecho de separación.

b) Que no existiendo acuerdo entre las partes sobre la valoración de las participaciones ni en ningún otro extremo de los previstos en el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital, solicita la designación de un 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 el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital exige la ausencia de acuerdo entre las partes para que proceda la designación de experto independiente. Que la afirmación que contiene en este sentido el escrito del solicitante no es cierta. Que así lo acredita que en la notificación que se cursó a la sociedad no se contiene una valoración, ni una propuesta de persona que la lleve a cabo ni a la forma de realizarla. Que sin conocer la respuesta de la sociedad presenta la solicitud en el Registro Mercantil de Madrid sin esperar a la respuesta de la sociedad «Iter Law & Partners, S.L.P.». que le fue remitida por burofax días después. Que habiéndose acreditado que la solicitud de la solicitante se fundamenta en una falsedad, procede desestimar su solicitud. 2.º Que la solicitante olvida que el ejercicio de su derecho debe realizarse conforme a las exigencias de la buena fe. Que así resulta del artículo 14 de los estatutos sociales que establece lo siguiente: «Dentro de los límites de la buena fe, en cualquier momento y sin necesidad de invocar causa alguna, cualquier socio profesional podrá separarse de la sociedad. Se presumirá buena fe siempre que el interesado comunique a la sociedad su intención de separarse con una antelación mínima de seis meses al momento en que haya de hacerse efectiva.» Que se citan las resoluciones de esta Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 28 de noviembre de 2017 y 7 de febrero de 2012. Que pese a la claridad del precepto estatutario el socio pretende ejercer su derecho desde el mismo momento de su ejercicio y ello a pesar

de que se afirma de que se ejerce conforme a estatutos. Que así se lo hizo saber la sociedad en la comunicación a que se ha hecho referencia. Que queda así constatado que no se ha respetado el preaviso de seis meses como mecanismo de protección reforzada de los derechos de la sociedad y acreedores. 3.º Que como también se le hizo saber a la socia que pretende la separación sorprende su solicitud cuando la misma abandonó de facto la sociedad desde hace meses incumpliendo las obligaciones que como socia le corresponde respecto a la generación de negocio, sus obligaciones de sostenimiento de la sociedad, sus obligaciones derivadas de la buena fe, así como las obligaciones de no competencia que le incumben. 4.º Que además existe un acuerdo entre los socios no firmado, pero plenamente eficaz por el que se establecen determinadas obligaciones entre las que destaca la obligación de permanencia hasta el día 31 de diciembre de 2020.

III

El Registrador Mercantil de Madrid núm. 19, don Enrique Mariscal Gragera dictó resolución en fecha 31 de julio de 2019 por la que acordó admitir la oposición y resolver la improcedencia del nombramiento del experto solicitado para la determinación del valor razonable de las acciones de acuerdo con el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital. Consta en el expediente que la resolución fue notificada el día 9 de agosto de 2019 a la sociedad solicitante.

IV

Don A. Z. G. P., en el concepto en que actúa, por escrito de fecha 6 de septiembre de 2019, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Madrid, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a, resumidamente, los siguientes argumentos: Que la confianza existente entre los tres socios de la sociedad se quebró desde el año 2018 sin que los dos socios mayoritarios hayan aceptado ninguna de las soluciones de salida que su representada ha propuesto. Que en esta situación ejerció el derecho de separación en fecha 27 de junio de 2019 al amparo del artículo 13 de la Ley de Sociedades de Capital sin que se óbice el artículo 14 de los estatutos sociales que se limita a establecer una presunción de buena fe, pero en ningún modo una obligación de preaviso. Que desarrolla la argumentación anterior de la siguiente forma: 1.º Que en el supuesto de la resolución de 7 de febrero de 2012 los estatutos si recogían una obligación de preaviso a diferencia del supuesto actual en el que se limitan a establecer una presunción de buena fe que no empece para que pueda ejercitarse de buena fe antes de dicho plazo. 2.º Que como ha resaltado la jurisprudencia del Tribunal Supremo), la buena fe se presume en nuestro ordenamiento por lo que el registrador no puede presumirla. 3.º Que la interpretación que hace el registrador es contraria al artículo 13 de la Ley de Sociedades Profesionales que permite la separación en cualquier momento por lo que el artículo 14 de los estatutos debe interpretarse en atención al contenido legal (con cita de jurisprudencia y doctrina de esta Dirección). 4.º Que la regulación sobre disolución de sociedades personalistas constituidas por tiempo indefinido abona dicha interpretación por cuanto de la regulación legal resulta la imposibilidad de vinculación perpetua dada la dificultad de transmisión de la condición de socio (arts. 224 del Código de Comercio y 1705 y 1706 del Código Civil). Que la jurisprudencia (con cita) entiende que no hay mala fe cuando lo que se pretende es obtener la cuota de liquidación. 5.º Que el registrador no puede apreciar la buena o mala fe porque el procedimiento con contempla la contradicción y ser materia reservada a los tribu-

nales de justicia. Que además el registrador ha seguido un procedimiento equivocado, el de designación de auditores, cuando el socio ha solicitado la designación de un experto.

V

Don D. J. G., letrado, actuando en representación de la sociedad «Iter Law & Partners, S.L.P.» presenta un escrito de fecha 17 de octubre de 2019 en el que manifiesta su oposición al escrito de recurso alegando lo que a continuación se expone de forma resumida: «1.º Que la sociedad que recurre, F. G. M. es socio fundacional y como tal contribuyó a la elaboración de los estatutos contra los que ahora se subleva, parámetro que debe servir de guía en la interpretación del artículo 14 de los estatutos que liga la denuncia del contrato social a un aviso previo de seis meses, que si no se respeta, no se entiende realizado de acuerdo a la exigencia de buena fe. Que la buena fe queda así objetivizador y regulada en el contrato social. 2.º Que si no se interpreta el artículo 14 de los estatutos de esta manera no se comprende a qué se refiere la exigencia del plazo de seis meses. Que de otro modo y, si como afirma la sociedad recurrente, la buena fe se presume siempre carece la regulación de contenido. Que correctamente entendida la cláusula contenida en el artículo 14 de los estatutos conjuga los distintos intereses presentes estableciendo el preaviso de seis meses y no un mero ejemplo de la buena fe en el ejercicio del derecho de separación. Que este lapso también se deduce del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital que intima a los socios a negociar con carácter previo con cita de la Resolución de 7 de febrero de 2012. 3.º Que para acreditar la mala fe de la sociedad que pretende la separación basta con analizar el lapso temporal que media entre la comunicación del derecho de separación (28 de junio de 2019), y la solicitud al registrador (3 de julio de 2019); cinco días frente a los ciento ochenta establecidos en estatutos. Que el escrito de recurso presume afirmaciones de mala fe que no contiene la resolución impugnada. 4.º Que la recurrente plantea cuestiones de validez del artículo 14 de los estatutos cuando aceptó su virtualidad desde la constitución por lo que bastaría la doctrina de la causa torpe del artículo 1306 del Código Civil para afirmar lo caprichoso de la línea argumental. Que de conformidad con la Resolución citada es una cláusula lícita en línea con las previsiones del artículo 1705 del Código Civil y la interpretación que del mismo hace la doctrina (con cita también del artículo 16.3.a de la Ley de Competencia desleal, del artículo 15.2 de la Ley de Agrupaciones de Interés Económico y del artículo 6:109 de los principios de Derecho Contractual Europeo). Que el artículo estatutario es una plasmación del principio de autonomía de la voluntad como reconoce la sentencia 216/2013 de la sala de lo civil del Tribunal Supremo (sección 1.ª), de 14 de marzo que el recurrente cita ocultando sus razonamientos como una muestra más del carácter infundado del recurso. 5.º Que el hecho de que se haya dado traslado de la solicitud no genera indefensión alguna sino todo 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 Mer-

cantil; 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. Un socio de sociedad profesional de responsabilidad limitada ejerce el derecho de separación a lo que se opone la sociedad por considerar que, en aplicación de determinada previsión estatutaria, no se ha respetado el plazo de seis meses que la misma contempla. El registrador estima la oposición. El interesado recurre.

2. Dado el contenido del escrito de recurso conviene tratar en primer lugar la cuestión relativa al procedimiento seguido por el registrador para tramitar la solicitud del socio.

Dispone así el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital en la redacción dada por la disposición final 4.15 de Ley núm. 22/2015, de 20 de julio: «1. A falta de acuerdo entre la sociedad y el socio sobre el valor razonable de las participaciones sociales o de las acciones, o sobre la persona o personas que hayan de valorarlas y el procedimiento a seguir para su valoración, serán valoradas por un experto independiente, designado por el Registrador Mercantil del domicilio social a solicitud de la sociedad o de cualquiera de los socios titulares de las participaciones o de las acciones objeto de valoración. 2. Si las acciones cotizasen en un mercado secundario oficial, el valor de reembolso será el del precio medio de cotización del último trimestre.»

Cuando la designación del experto independiente corresponde al Registrador Mercantil por así solicitarlo con persona con interés legítimo, es preciso acudir a las normas de procedimiento establecidas en el Reglamento del Registro Mercantil, cuyo capítulo II, del título III: «De otras funciones del Registro Mercantil», se denomina «Del nombramiento de expertos independientes y de auditores de cuentas». El capítulo se divide a su vez en dos secciones: la primera se denomina «Del nombramiento de expertos independiente», y la segunda se denomina «Del nombramiento de auditores».

Desde el punto de vista del procedimiento a seguir la principal característica que diferencia ambos supuestos reside en que mientras que el nombramiento de expertos a que se refiere la sección primera carece de contraparte y, en consecuencia, de previsión de audiencia, la segunda si lo contempla por referirse a supuestos en los que, además del interés del solicitante concurre

otro interés protegible. Por este motivo el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil, pese a referirse a la designación de expertos independientes, se encuentra ubicado en la sección segunda.

Dice así el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil: «1. El nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil del domicilio social para la determinación del valor real de las acciones o participaciones en los casos establecidos por la Ley se efectuará a solicitud del interesado, de conformidad con lo previsto en los artículos 351 y siguientes… 4. Las mismas reglas serán de aplicación al nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil del domicilio social para la determinación del importe a abonar por el nudo propietario al usufructuario de acciones o de participaciones sociales en concepto de incremento de valor y al nombramiento del auditor a petición de los administradores, en defecto del nombrado por la Junta general, para la verificación prevista en los artículos 156 y 157 de la Ley de Sociedades Anónimas.»

Como resulta del precepto, en aquellos supuestos en que la designación de un auditor (hoy experto), tenga por objeto la determinación del valor real de acciones o participaciones, el procedimiento a seguir debe ser el previsto en la sección segunda. Así se deducía además del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital en su redacción anterior a la reforma llevada a cabo por la disposición final 4.15 de Ley núm. 22/2015, de 20 de julio, que modificó el término auditor por el actual de experto independiente.

Y así ha ocurrido en el expediente que da lugar a la presente en el que el registrador ha dado audiencia a la sociedad, de conformidad con la previsión del artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil, por ostentar un innegable interés en las resultas del procedimiento evitando así una eventual tacha de nulidad (arts. 47 y 48 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).

3. Establecido lo anterior, el objeto de este expediente se limita a determinar si el socio profesional ha ejercido tempestivamente o no su derecho de separación y si, en consecuencia, procede la designación de un experto independiente que lleve a cabo la valoración de sus participaciones de conformidad con la previsión del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital.

Establece el artículo 13.1 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales: «Los socios profesionales podrán separarse de la sociedad constituida por tiempo indefinido en cualquier momento. El ejercicio del derecho de separación habrá de ejercitarse de conformidad con las exigencias de la buena fe, siendo eficaz desde el momento en que se notifique a la sociedad.»

Como afirmara la resolución de esta Dirección General de fecha 7 de febrero de 2012, en sede de recursos contra la calificación de los registradores, el precepto se fundamenta en la especial regulación de las sociedades profesionales; en efecto, el hecho de que las participaciones correspondientes a los socios profesionales lleven necesariamente aparejada la obligación de

realizar prestaciones accesorias relativas al ejercicio de la actividad profesional que constituya el objeto social (art. 17.2 de la Ley de Sociedades Profesionales), así como la intransmisibilidad de tales participaciones sin que medie el consentimiento de todos los socios –o de la mayoría de ellos fijada en el contrato social– (art. 12 de la misma Ley) tiene como consecuencia que se permita a los socios profesionales separarse de la sociedad constituida por tiempo indefinido «en cualquier momento», de modo que el ejercicio de tal derecho «sea eficaz desde el momento en que se notifique a la sociedad» (art. 13.1 del mismo texto legal).

La misma resolución citada entendió que el precepto, si bien de *ius cogens,* no impide la modalización estatutaria del ejercicio del derecho siempre que no se comprometa la realización del valor patrimonial de las participaciones con una dificultad objetiva que sea prácticamente insalvable o implique para el socio una vinculación excesiva o abusiva, sin perjuicio en su ejercicio del respeto a los límites impuestos por los usos, la buena fe y la prohibición de abuso del derecho –cfr. artículos 1 y 57 del Código de Comercio y 7, 1258, 1287 y 1291 del Código Civil–.

Ahora bien, fuera de estos casos de adecuada modalización estatutaria rige el contenido de la Ley y por tanto la posibilidad de ejercicio del derecho «en cualquier momento.»

4. La cuestión se centra en determinar si dado el contenido estatutario del derecho de separación de la sociedad a que se refiere este expediente, el socio profesional ha ejercido o no su derecho de acuerdo al precepto aplicable.

Dispone así el artículo 14 de los estatutos de la sociedad «Iter Law & Partners, S.L.P.» «Dentro de los límites de la buena fe, en cualquier momento y sin necesidad de invocar causa alguna, cualquier socio profesional podrá separarse de la sociedad. Se presumirá buena fe siempre que el interesado comunique a la sociedad su intención de separarse con una antelación mínima de seis meses al momento en que haya de hacerse efectiva.»

Del análisis del precepto estatutario resulta: Que el socio profesional puede ejercer el derecho de separación en cualquier momento; que no precisa invocar causa alguna; que el ejercicio del derecho ha de realizarse dentro de los límites de la buena fe y que esta se presume si comunica su intención de separarse con seis meses de antelación.

Resulta patente que en el supuesto de hecho el socio profesional ha actuado de conformidad con las exigencias del precepto que no impone más limitación (coincidente con el régimen general del artículo 13 de la Ley de Sociedades Profesionales), que el ejercicio conforme a la buena fe. El hecho de que el artículo estatutario atribuya presunción de buena fe al aviso con seis meses de antelación no constituye una obligación respecto del socio que ejercite el derecho de separación sino una declaración que, en su caso, tendrá que ser objeto de la oportuna valoración judicial.

Si la sociedad considera que de la conducta del socio que se separa se deriva una situación de mala fe (como afirma en el escrito de alegaciones que presenta), debe acudir si lo estima procedente a las instancias legalmente establecidas. Este Centro Directivo no puede valorar la conducta del solicitante como no puede valor la conducta de la sociedad. Al respecto es doctrina muy consolidada de esta Dirección que siendo indiscutible que nuestro ordenamiento jurídico no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo pues el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización de buena fe (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).

Procede en consecuencia la estimación del recurso.

5. Por último y con el afán de no dejar sin contestación a la sociedad que se opuso en el trámite normativamente previsto al que ha añadido un escrito de alegaciones, esta Dirección General considera pertinente realizar un pronunciamiento en relación con las cuestiones que constan a continuación:

En primer lugar, no es preciso que se acredite en el ámbito de este expediente la existencia de previas conversaciones entre las partes o la existencia de ofertas previas sobre la valoración de las participaciones, la persona que ha de hacerla o el procedimiento que ha de seguirse. Esta Dirección General ha afirmado reiteradamente (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), que 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 como no lo es pretender que la existencia de negociaciones previas impone su culminación. 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.

Así ocurre en el supuesto de hecho pues resulta patente la voluntad del socio profesional de que su participación en la sociedad sea objeto de valoración por un tercero, por un experto independiente designado por el registrador mercantil. Pretender en estas circunstancias imponer unos trámites adicionales no puede merecer amparo de esta Dirección, una vez constatado el cumplimiento por el socio de los requisitos que le legitiman para el ejercicio de su derecho de separación.

En segundo lugar, afirma la sociedad que existen acuerdos entre los socios que imponen su permanencia en la sociedad por determinados plazos o el cumplimiento de determinadas obligaciones de financiación. Este argumento tampoco puede ser apreciado pues el derecho de separación se fundamenta, como queda dicho, en la relación del socio con la sociedad y en el cumplimiento de los requisitos legales para su ejercicio. Es la relación de socio la que determina el conjunto de derechos y obligaciones que incumben a quienes ostentan dicha condición. La existencia de otras posibles vinculaciones con personas distintas a la sociedad queda por completo al margen de este proce-

dimiento sin perjuicio de que la parte que entienda que determinado convenio ha sido objeto de incumplimiento ejercite las acciones que el ordenamiento le proporciona en defensa de su derecho.

El resto de argumentos expresados por la sociedad se refieren a la interpretación del contenido del artículo estatutario que se refiere al derecho de separación, argumentación que de conformidad con las consideraciones anteriores esta Dirección General no comparte por lo que no queda si no reiterar la estimación del recurso.

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar la resolución del Registrador Mercantil de Madrid núm. 19, don Enrique Mariscal Gragera de fecha 31 de julio 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, 7 de noviembre de 2019 (1.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.

Resolución de 7 de noviembre de 2019 (2.ª)

En el expediente 157/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Gran Tarajal, S.A.».

HECHOS

I

Don ……, en representación de don ……, titular de 1 acción; la entidad «Intersystcom, Sociedad Limitada», titular de 1 acción; ……, titular de 20 acciones; don ……, titular de 8 acciones; doña ……, heredera del socio don ……, titular 4 acciones; doña ……, heredera del socio doña ……, titular 8 acciones, todas ellas correspondientes al capital social de la

Sociedad «Gran Tarajal, S.A.», presentan un escrito de fecha 25 de marzo de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Ciudad Real, 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 titulares de más del 5 % del capital social de la mercantil «Gran Tarajal, S.A.» (titulares del 6,58 % del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

Acompañan con dicha solicitud, los siguientes documentos: 1) Fotocopia de escritura de poder para pleitos, otorgada en Las Palmas de Gran Canaria, el 21 de febrero de 2019, ante el Notario Don Francisco Barrios Fernández, número 334 de protocolo; 2) Fotocopia de escritura de poder especial otorgada en Las Palmas de Gran Canaria, el 15 de marzo de 2019, ante el Notario Don Francisco Barrios Fernández, número 501 de protocolo; 3) Fotocopia de escritura de poder especial otorgada en Las Palmas de Gran Canaria, el 8 de marzo de 2019, ante el Notario Don Francisco Barrios Fernández, número 444 de protocolo; 4) Fotocopia de escritura de poder para pleitos otorgada en Las Palmas de Gran Canaria, el 7 de marzo de 2019, ante el Notario Don Francisco Barrios Fernández, número 424 de protocolo; 5) Fotocopia de escritura de poder para pleitos otorgada en Las Palmas de Gran Canaria, el 7 de marzo de 2019, ante el Notario Don Francisco Barrios Fernández, número 423 de protocolo; 6) Fotocopia de escritura de compra-venta de acciones otorgada en Barcelona, el 15 de marzo de 1990, ante el Notario Don Tomás Giménez Duart, número 1.257 de protocolo; 7) Fotocopia de escritura de compraventa otorgada en San Bartolomé De Tirajana, el 4 de noviembre de 2003, ante el Notario Don Guillermo José Croissier Naranjo, número 650 de protocolo; 8) Fotocopia de Acta de requerimiento para la declaración de herederos abintestato de Doña ……, extendida en Las Palmas de Gran Canaria, el 7 de octubre de 2016, por el Notario Don Jesús Toledano García, número 1.695 de protocolo; Fotocopia de Acta de notoriedad de declaración de herederos abintestato Doña ……, extendida en Las Palmas de Gran Canaria, el 9 de noviembre de 2016 por el Notario Don Jesús Toledano García, número 1.914 de protocolo.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 4 de abril de 2019 en el domicilio social, que es recibido el día 29 del mismo mes. La mercantil formula oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito de 18 de junio que es presentado en el referido registro mercantil el día 24 del mismo mes, negando la legitimación de los solicitantes.

III

Mediante resolución de fecha 26 de junio de 2019 la Registradora Mercantil de Ciudad Real, doña María Montaña Zorita Carrero, requiere a doña …… para que aporte un principio de prueba por escrito de su titularidad de 4 acciones. Dicho requerimiento es atendido mediante escrito de fecha 11 de julio de 2019, que es presentado el día 16 del mismo mes, al que se acompaña copia parcial de la escritura de constitución de la sociedad, así como acta de la última junta general de fecha 18 de septiembre de 2015 de donde resulta, según manifiesta, su carácter de socia, así como la titularidad de las participaciones sociales.

IV

La Registradora Mercantil de Ciudad Real, doña María Montaña Zorita Carrero, dictó resolución de fecha 18 de julio de 2019, por la que acordó que «no procede el nombramiento de auditor de cuentas solicitado».

V

Don ……, procurador de los tribunales, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 18 de julio, reiterando el argumento anteriormente expuesto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

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

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

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

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

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

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

En primer lugar, no se ha aportado por los solicitantes un principio de prueba del que resulte su legitimidad. Efectivamente don …… no consta en libro de socios como tal, confirmando el mismo recurrente que consta con otro nombre y apellidos, sin siquiera coincidir su D. N. I. Por tanto, dando por incontrovertido este hecho por ambas partes debe confirmarse la calificación registral al no aportarse el principio de prueba requerido.

En segundo lugar, y respecto de doña ……, resulta ser la única heredera de la socia fallecida Sra. ……, sin aportarse prueba alguna de la aceptación de su

condición de tal, al acompañar exclusivamente el acta de declaración de herederos de la que resulta su llamamiento. Es principio básico de nuestro derecho sucesorio que el simple llamamiento no implica adquisición de derecho alguno, debiendo constar la aceptación libre y voluntaria de tal condición (arts. 988 y ss. del Código Civil). Por tanto, procede de nuevo confirmar la calificación al no aportarse de nuevo el preceptivo principio de prueba de la legitimidad del solicitante.

Debe recordarse que sobre la cuestión de la legitimación del socio minoritario ha tenido ocasión de pronunciarse reiteradamente la Dirección General de los Registros y del Notariado 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.

Sin embargo, en el presente expediente la sociedad ha formulado su oposición negando dicha legitimidad, extremo sobre el que los solicitantes no han aportado principio de prueba alguno conforme resulta de los anteriores párrafos.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la Registradora Mercantil de Ciudad Real, doña María Montaña Zorita Carrero, de fecha 18 de julio 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, 7 de noviembre de 2019 (2.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.

Resolución de 7 de noviembre de 2019 (3.ª)

En el expediente 161/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de varios socios de «Comercial Serrano Cano, S.A.».

HECHOS

I

Doña …… presentó escrito de fecha 31 de marzo de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, teniendo su entrada en el servicio postal de Correos el mismo día, si bien fue recibida en el referido Registro Mercantil de Madrid el día 4 de abril, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, y como titular de más del 5 % del capital social de la mercantil «Comercial Serrano Cano, S.A.» (titular del 49,5 % del mismo respectivamente), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

Mediante resolución de fecha 5 de abril de 2019 se requiere a la solicitante para que efectúe una provisión de fondos y presente «la instancia con firma original». Dicho requerimiento es atendido oportunamente mediante escrito de fecha 15 de abril.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 26 de abril de 2019 en el domicilio social siendo recibido el día 16 de mayo, formulando oposición en el plazo legalmente previsto mediante escrito de 22 de mayo que es presentado el día siguiente, alegando la extemporaneidad de la presentación de la solicitud, así como la improcedencia del nombramiento como consecuencia de la inexistencia de órgano de administración que pudiera formular las cuentas correspondientes a tal ejercicio.

A la vista del escrito de oposición el Registrador Mercantil de Madrid don Enrique Mariscal Gragera requiere a la solicitante, mediante resolución de fecha 28 de mayo, para que justifique documentalmente la fecha de presentación de la solicitud de inicio del presente expediente en la Oficina de Correos. Dicho requerimiento es atendido en fecha 25 de junio al aportar justificante de la Oficina Virtual de Correos acreditativo de la presentación de la solicitud el 31 de marzo.

III

El Registrador Mercantil de Madrid, don Enrique Mariscal Gragera, dictó resolución de fecha 11 de julio de 2019 por la que acordó estimar la solicitud de la socia minoritaria declarando procedente el nombramiento de auditor de cuentas para verificar las correspondientes al ejercicio 2018 de la sociedad «Comercial Serrano Cano, S.A.».

IV

Don ……, en nombre y representación de la mercantil, como presidente del Consejo de Administración, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 11 de julio, reiterando los argumentos expuestos en el escrito de oposición anteriormente referido, que se dan por reproducidos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

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

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

Este criterio ha sido sancionado por la doctrina del Tribunal Supremo que en su sentencia de 9 de marzo de 2007, con cita de la doctrina de este Centro Directivo afirma: «La posibilidad de que, en las sociedades no sometidas a verificación obligatoria, la minoría acuda a la designación de un auditor por el Registro Mercantil trata de asegurar el control de las cuentas por un profesional independiente…pero no protege el hecho de que actúe un concreto y determinado profesional, creando una suerte de vinculación in *tuitu perssonae*

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

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

Inscrito el nombramiento de auditor voluntario el depósito de las cuentas sólo puede llevarse a cabo si vienen acompañadas del oportuno informe de verificación. Así lo ha sancionado expresamente la modificación del artículo 279 de la Ley de Sociedades de Capital (que entró en vigor el día 1 de enero de 2016; disposiciones finales cuarta y decimocuarta de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas), cuando dice en su inciso final: «Los administradores presentarán también, el informe de gestión, si fuera obligatorio, y el informe del auditor, cuando la sociedad esté obligada a auditoría por una disposición legal o ésta se hubiera acordado a petición de la minoría o de forma voluntaria y se hubiese inscrito el nombramiento de auditor en el Registro Mercantil.»

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

2. En el presente expediente se plantea si es procedente el nombramiento de auditor para verificar las cuentas correspondientes al ejercicio 2018 cuando no han sido formuladas como consecuencia de la inexistencia de órgano de administración; y si debe considerarse extemporánea la presentación de la

solicitud cuando ha quedado acreditado que se presentó en la Oficina de Correos en fecha 31 de marzo si bien se recibió en el Registro Mercantil el día 4 de abril.

3. El recurso no puede prosperar por ninguno de los motivos alegados. 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.

4. En segundo lugar, se plantea la posible extemporaneidad en la presentación de la solicitud. Ha quedado acreditado en el presente expediente que la presentación tuvo lugar en la Oficina de Correos el día 31 de marzo, dentro del término legalmente previsto, según resulta del justificante de la propia entidad. De nuevo dicho extremo ha sido ya resuelto por este Centro Directivo entendiendo que, conforme a lo dispuesto en el artículo 16.4 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, es adecuada la presentación de documentos para las Administraciones Públicas en dichas oficinas debiendo considerarse como fecha de su presentación la de entrega en la Oficina de Correos y no la de la recepción en el propio Registro. Por tanto, dicho motivo debe ser también desestimado.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Madrid, don Enrique Mariscal Gragera, de fecha 11 de julio de 2019, por la que resuelve desestimar la oposición de la sociedad, procediendo al nombramiento del auditor de cuentas solicitado.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución 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, 7 de noviembre de 2019 (3.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.

Resolución de 26 de noviembre de 2019 (1.ª)

En el expediente 131/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Instituto Doctor Sacristán, S.A.».

HECHOS

I

Doña ……, presentó escrito de fecha 29 de marzo de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Sevilla, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, y como titular de más del 5 % (titular del 8,25 %) del capital social de la mercantil «Instituto Doctor Sacristán, S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil «Instituto Doctor Sacristán, S.A.»por resolución de 2 de abril de 2019 en el domicilio social, siendo recibido el día 5 del mismo mes, formulando oposición por escrito presentado el día 17 de abril. En dicho escrito don ……, consejero delegado de la mercantil, expone que el día 1 de octubre de 2018 formalizó contrato con don …… como auditor de cuentas y la entidad «Eudita AP Auditores, S.L.» con objeto de auditar las cuentas para el ejercicio 2018. Acompaña junto a dicho escrito, entre otros documentos, copia de la hoja de encargo profesional remitida por los referidos auditores y devuelta firmada por el consejero delegado.

Mediante resolución de fecha 30 de abril de 2019 el Registrador Mercantil de Sevilla da traslado de la oposición formulada al solicitante, siendo contestada mediante escrito de alegaciones de fecha 27 de mayo de 2019 por doña …

III

El Registrador Mercantil de Sevilla, don Juan Ignacio Madrid Alonso, dictó resolución de fecha 28 de mayo de 2019 por la que acordó denegar la oposición de la sociedad a la expresada solicitud y proceder al nombramiento de auditor solicitado.

IV

Don ……, consejero delegado de la mercantil, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 28 de mayo, reiterando los argumentos anteriormente expuestos.

V

Mediante resolución de fecha 1 de agosto de 2019 este Centro Directivo, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 118.1 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, requiere a la mercantil para que justifique la inscripción en el Registro Mercantil del auditor designado por la sociedad o bien que acredite bien la puesta a disposición de los socios del referido informe o su aportación al expediente.

Mediante escrito suscrito por la propia solicitante de fecha 21 de agosto, que es presentado el día 26 del mismo mes en el Registro Mercantil de Sevilla, se acredita la puesta a su disposición del informe de auditoría correspondiente al ejercicio 2018, que queda incorporado al 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 artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital es la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la estructura empresarial, para lo cual dicho artículo reconoce y regula el derecho a la verificación de la contabilidad social por un profesional independiente nombrado por el Registrador Mercantil a instancia de los socios que reúnan un mínimo de participaciones sociales o acciones equivalentes al

5 % del capital social y siempre que presenten su solicitud en los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social.

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

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

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

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 29 de marzo de 2019 y, por otro, que la sociedad acredita que nombró auditor voluntario para el mismo ejercicio con carácter previo al acompañar hoja de encargo de la referida auditoría de octubre de 2018.

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

3. El recurso debe prosperar ya que ha quedado acreditado tanto el nombramiento anterior, como así resulta de la documentación aportada por la sociedad al expediente, concretamente la certificación del acuerdo, así como la puesta a disposición de los socios solicitantes del informe de auditoría correspondiente al ejercicio 2018. En este sentido conviene recordar que, si bien es cierto que la doctrina de esta Dirección General había venido exigiendo que la fecha anterior de nombramiento resultase de forma fehaciente, lo cierto es que la más reciente doctrina ha entendido que si de la valoración conjunta de la documentación aportada resulta con claridad que el nombramiento voluntario por la sociedad es previo, debe prevalecer esta circunstancia (*vide* resoluciones, entre otras, de 1 y 23 de julio, 2 y 26 de septiembre, 7 de octubre y 2 de diciembre de 2013 y 24 de junio y 24 de octubre de 2014). En consecuencia, no existen razones para presumir la falsedad en la declaración o fraude a los derechos del socio minoritario que, de haberse producido, debería ser una cuestión a ventilar ante los tribunales y no en el marco de este expediente.

4. Además, debe tenerse en cuenta en este expediente que, como consecuencia del requerimiento realizado por este Centro Directivo, ha sido debidamente acreditada la puesta a disposición de los socios del informe de auditoría correspondiente al ejercicio 2018 al incorporarlo al presente expediente. Por tanto, resulta forzoso entender que el interés que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital pretende proteger está debidamente salvaguardado por cuanto la pretensión de que las cuentas de la sociedad sean sometidas al exa-

men 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 estimación del recurso.

Por tanto debe concluirse que: a) que el interés protegible ha sido debidamente salvaguardado por la puesta a disposición del informe realizado por el auditor nombrado por la sociedad que, por otra parte, había sido designado con anterioridad a la petición del socio minoritario; b) que no existe indicio alguno que permita afirmar que la actuación de la sociedad ha tenido por finalidad defraudar el derecho del solicitante, circunstancia que en cualquier caso debe ser objeto de pretensión ante los Tribunales de Justicia; c) que resulta innecesario y económicamente injustificable el nombramiento de un auditor para llevar a cabo el mismo cometido que el realizado por un profesional cuyo ejercicio se rige por los principios de independencia, objetividad e imparcialidad; d) que cualquier desviación de la anterior conducta debe ser puesta en conocimiento de la administración competente por el interesado para que adopte las medidas previstas en el ordenamiento; e) que como ha puesto de relieve esta Dirección General (*vide* resoluciones de 11 de marzo y 30 de julio de 2014), la objetividad, imparcialidad e independencia del auditor de cuentas son principios vertebradores de la actividad auditora y quedan salvaguardados por la Ley de Auditoría de Cuentas así como por su Reglamento de Ejecución y las Normas Técnicas de Auditoría. El artículo 14.1 de la Ley de Auditoría encomienda a los propios auditores el deber de abstenerse en los supuestos en que puedan incurrir en causa de incompatibilidad atribuyendo al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas la competencia de velar por el adecuado cumplimiento del deber de independencia, así como de valorar en cada trabajo concreto la posible falta de independencia de un auditor de cuentas o sociedad de auditoría. Si los interesados creen vulnerados dichos principios siempre podrán ejercitar las acciones administrativas de responsabilidad disciplinaria ante el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas o bien las acciones civiles o, incluso, penales pertinentes ante la jurisdicción competente; f) que resulta en definitiva que, satisfecho el interés protegible, no procede el nombramiento solicitado. No obstante, si el interesado considera que la actuación u omisión del auditor nombrado por la sociedad no es conforme con el cumplimiento de las obligaciones legalmente exigibles o que su independencia está comprometida debe dirigirse a la Autoridad competente alegando lo que a su derecho mejor convenga.

Esta Dirección General ha resuelto estimar el recurso y revocar la resolución del Registrador Mercantil de Sevilla, don Juan Ignacio Madrid Alonso, de fecha 28 de mayo de 2019, por la que resuelve proceder al nombramiento solicitado, al resultar acreditada la puesta a disposición de los solicitantes del referido informe.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución 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 noviembre de 2019 (1.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.

Resolución de 26 de noviembre de 2019 (2.ª)

En el expediente 96/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Petrolera Hispamex, S.L.».

HECHOS

I

Don …… presentó escrito de fecha 11 de febrero de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Ourense, 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 «Petrolera Hispamex, S.L.» (titular del 25 % del mismo), el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

II

Dicho escrito es notificado a la mercantil por resolución de 19 de febrero de 2019 en el domicilio social.

III

Don ……, administrador único de la sociedad, formula oposición mediante escrito de fecha 26 de febrero de 2019 que es presentado el día siguiente en el referido Registro Mer-

cantil. En dicho escrito expone que la Junta General de socios celebrada en fecha 7 de noviembre de 2018 acordó nombrar a la sociedad «Dula Auditores, S.L.P. para que lleve a cabo las auditorías correspondientes a los ejercicios 2018, 2019 y 2020. Acompaña certificación del acta de dicha junta expedida por el administrador único.

IV

El Registrador Mercantil de Ourense, don Andrés José Ylla García-Germán, dictó resolución de fecha 3 de abril de 2019 por la que acordó designar auditor para la revisión de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

V

Don ……, administrador único de la sociedad, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 3 de abril, alegando el previo nombramiento de auditor voluntario por la mercantil lo que acredita con certificación del acta de la Junta General de fecha 7 de noviembre de 2018, expedida por el administrador único, en la que se acordó nombrar a la sociedad «Dula Auditores, S.L.P. para que lleve a cabo las auditorías correspondientes a los ejercicios 2018, 2019 y 2020.

VI

Mediante resolución de fecha 21 de junio de 2019 este Centro Directivo, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 118.1 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, requiere a la mercantil para que justifique la inscripción en el Registro Mercantil del auditor designado por la sociedad o bien que acredite bien la puesta a disposición de los socios del referido informe o su aportación al expediente. Dicho requerimiento, según resulta del expediente, no es atendido por la sociedad requerida.

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 artículo 265.2 de la Ley de

Sociedades de Capital es la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la estructura empresarial, para lo cual dicho artículo reconoce y regula el derecho a la verificación de la contabilidad social por un profesional independiente nombrado por el Registrador Mercantil a instancia de los socios que reúnan un mínimo de participaciones sociales o acciones equivalentes al 5 % del capital social y siempre que presenten su solicitud en los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social.

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

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

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

que solo puede lograrse mediante la inscripción del nombramiento, mediante la entrega al socio del referido informe o bien mediante su incorporación al expediente.

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 2019 y, por otro, que la sociedad acredita que nombró auditor voluntario para el mismo ejercicio con carácter previo al acompañar certificación del acta de la Junta General de fecha 7 de noviembre de 2018, expedida por el administrador único, en la que se acordó nombrar a la sociedad «Dula Auditores, S.L.P. para que lleve a cabo las auditorías correspondientes a los ejercicios 2018, 2019 y 2020.

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

3. El recurso no puede prosperar ya que si bien ha quedado acreditado tanto el nombramiento anterior, como así resulta de la documentación aportada por la sociedad al expediente, concretamente la certificación del acuerdo no se ha garantizado de manera adecuada el interés protegible por el presente expediente.

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

minoritario que, de haberse producido, debería ser una cuestión a ventilar ante los tribunales y no en el marco de este expediente.

4. Sin embargo, debe tenerse en cuenta en este expediente que resulta forzoso entender que el interés que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital pretende proteger no está debidamente salvaguardado por cuanto la pretensión de que las cuentas de la sociedad sean sometidas al examen de un auditor con el fin de determinar si expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación, no ha sido debidamente cumplimentado (art. 4.1 de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría de Cuentas). Procede por este mismo motivo la desestimación del recurso.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Ourense, don Andrés-José Ylla García-Germán, de fecha 3 de abril de 2019, por la que resuelve proceder al nombramiento de auditor de cuentas solicitado, al no quedar debidamente garantizado el interés del socio minoritario al no acreditarse ni la inscripción del nombramiento del auditor a instancia de la mercantil ni la puesta a disposición de los socios del correspondiente informe de auditoría.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución 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 noviembre de 2019 (2.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.

Resolución de 3 de diciembre de 2019 (1.ª)

En el expediente 147/2019, relacionado con el expediente 75/2019, sobre nombramiento de experto a instancia de la sociedad «Delta Auditores, S.L.».

HECHOS

I

Doña C. A. M., actuando en representación de la sociedad «Delta Auditores, S.L.», presentó un escrito de fecha 27 de marzo de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Zaragoza, en el que solicitó, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital, el nombramiento de un experto para que proceda a la determinación del valor razonable de las participaciones correspondientes al socio auditor don A. C. E., como consecuencia de su exclusión de la sociedad.

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

a) Que la junta general de la sociedad celebrada el día 15 de marzo de 2019 acordó por unanimidad de los presentes la exclusión del socio auditor don A. C. E. titular de 590 participaciones sociales.

Se acompaña copia del acta notarial autorizada por el notario de Zaragoza don Fernando Giménez Villar en fecha 15 de marzo de 2019. De su diligencia de la misma fecha resulta que se constituye la junta general de la sociedad con la asistencia de tres socios: don E. C. E, auditor, titular de participaciones que representan un 39 % del capital social y don L. C. C. G y doña M. C. A. M. titulares, cada uno, de participaciones que representan un 1 % del capital social. Resulta que el presidente considera válidamente constituida la junta y se entra en el primer punto del orden del día relativo a la exclusión del socio auditor don A. C. E. El presidente explica que la sociedad se encuentra sujeta a la Ley de Auditoría de Cuentas y a la Ley de Sociedades Profesionales, que de los cuatro socios tres son socios auditores ostentando el socio don A. C. E. un porcentaje del 59 % del capital social. Que el órgano de administración es de administrador único siendo auditor el socio administrador. Que siendo los socios profesionales los socios auditores y concurriendo causa de exclusión, que es explicada de modo prolijo en la sesión, se procede a la votación con deducción del porcentaje de capital correspondiente al socio excluido al encontrarse en situación de conflicto de intereses. Que votan a favor los tres socios concurrentes por el que se da por aprobada la propuesta de acuerdo.

También resulta del acta que la convocatoria de la junta se ha llevado a cabo de conformidad con el artículo 19 de los estatutos sociales en relación con el artículo 173 de la Ley de Sociedades de Capital habiéndose remitido las cartas el día 28 de febrero de 2019 mediante burofax premium plus. Como documentación incorporada al acta constan las cartas de convocatoria. Entre ellas la dirigida al hoy solicitante resultando tanto la expedición en la fecha señalada como la certificación de imposibilidad de entrega por «desconocido», el día 4 de marzo de 2019. También consta protocolizada otra notificación requerimiento realizada por burofax premium plus en fecha 11 de enero de 2019 dirigida al señor solicitante y en el mismo domicilio con certificación de entrega el día 14 de enero de 2019. Resulta otra notificación requerimiento de fecha 18 de enero de 2019, también por burofax premium plus, de idéntico contenido, y con certificación de entrega el día 22 de enero de 2019. Finalmente resulta otra notificación requerimiento de fecha 23 de enero de 2019, también por burofax premium plus y con certificación de entrega el día 25 de enero de 2019.

Consta en el acta que el presidente de la junta general declara la válida constitución de la junta con la asistencia de los tres socios citados.

b) Que la eficacia de la exclusión se produjo desde la notificación como resulta del artículo 14 de la Ley 2/2007, de sociedades Profesionales por remisión de la Ley 22/2015, de 20 de julio de Auditoría de Cuentas (al contrario de lo que ocurriría en caso de ser de

aplicación para sociedades de responsabilidad limitada para socios con participación igual o superior al 25 %, como es el caso).

c) Que la aplicación supletoria de la Ley 2/2007, de sociedades profesionales resulta: del artículo 11.2 de la Ley de Auditoría de Cuentas y de su disposición adicional primera, así como de las Resoluciones de esta Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 5 de marzo de 2009 y 11 de septiembre de 2017.

d) Que la notificación al socio excluido del acuerdo de exclusión se produjo por burofax con fecha 18 de marzo, así como por correo electrónico. Que el socio excluido contestó a su vez mostrando su oposición a la exclusión y a la propuesta de valoración por medio de burofax dirigido a la sociedad en el que mostraba su criterio favorable a la exigencia de previa resolución judicial (si bien ha contra ofertado la valoración de sus participaciones sociales).

II

El Registrador Mercantil de Zaragoza núm. 2, don Joaquín José Oria Almudí dictó resolución en fecha 15 de abril de 2019 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 del socio excluido.

Dicha resolución ha sido anulada por la de esta Dirección General de fecha 1 de agosto de 2019 que ordenó la retroacción del expediente al momento de la presentación de la instancia por la que se solicitaba la designación de experto independiente.

III

Trasladado el contenido de la anterior resolución al socio excluido de conformidad con el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil, este se opuso a la designación de experto independiente por los siguientes motivos: 1.º Que es titular por diversos títulos del 59 % del capital social de la sociedad de la que se le pretende excluir. 2.º Que la convocatoria de la junta celebrada sin su presencia el día 15 de marzo de 2019 se le notificó a su domicilio particular por burofax sin que llegase a su destino al ser devuelto por «desconocido». Que cuando tuvo conocimiento con posterioridad de la celebración de la junta general y del acuerdo de exclusión requirió del servicio de correos justificación de la notificación recibiendo la contestación de que se había producido un error en la devolución de la comunicación. 2.º Que en fecha 30 de julio de 2009 la sociedad presentó un documento al Registro Mercantil que fue rechazado por el registrador por falta de adaptación a la ley de sociedades profesionales si bien con posterioridad modificó su calificación. Que el acuerdo de la junta general por el que se decide su exclusión es nulo de pleno derecho por los siguientes motivos: a) por violación del artículo 173 de la Ley de Sociedades de Capital y correlativo de los estatutos sociales. Resulta de los hechos expuestos que la notificación de convocatoria al socio no fue entregada lo que debía haber provocado la reacción de la sociedad que permitió la celebración de la junta sin su presencia. Que en el acta notarial de celebración de la junta constan remitidos cuatro burofaxes, el relativo a la convocatoria de la junta y tres más siendo precisamente aquél el que no se entregó. b) por violación del artículo 199 b de la Ley de Sociedades de Capital que exige el voto favorable de 2/3 de los votos correspondientes al capital social. Que la junta se constituyó con la presencia del 41& del capital social por lo que no pudo adoptar el acuerdo citado. c) por infracción del artículo 352 de la Ley de Sociedades de Capital y 32 de los estatutos sociales por no concurrir la resolución judicial firme exigible al ser el socio excluido titular de más del 25 % del

capital social. La sociedad pretende la aplicación del artículo 14 de la Ley de Sociedades Profesionales apartando el procedimiento de la Ley de Sociedades de Capital, aplicando unas normas u otras a su conveniencia. d) por aplicación errónea de la Ley de Sociedades Profesionales. La sociedad se constituyó con anterioridad a su entrada en vigor y nunca se adaptó a su regulación. Que la cuestión ya se planteó en su día y quedó claro que su objeto mixto no se adaptaba a la misma. Que la sociedad no es profesional porque ni el ejercicio de la auditoría es una actividad profesional en el sentido de la Ley de Sociedades Profesionales ni el ROAC es otra cosa que un registro administrativo. Que precisamente porque la Ley de Sociedades Profesionales excluyó a las sociedades de auditoría de su ámbito es por lo que prevé la aplicación supletoria. Que el segundo motivo por el que no se trata de una sociedad profesional es por su objeto mixto de auditoría y proveedor de material y servicios informáticos lo que la excluye de la aplicación de la Ley de Sociedades Profesionales de conformidad con su regulación. Que la exclusividad de actividad profesional marca el límite para la aplicación de la Ley de Sociedades Profesionales.

IV

El Registrador Mercantil de Zaragoza núm. 2, don Joaquín José Oria Almudí dictó resolución en fecha 30 de agosto de 2019 por la que acordó admitir la solicitud y resolver la procedencia del nombramiento del experto solicitado para la determinación del valor razonable de las participaciones del socio excluido.

V

Don A. C. E., por escrito de fecha 23 de septiembre de 2019, que tuvo entrada en el Registro Mercantil de Zaragoza el día 27 inmediato posterior, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a, resumidamente, los siguientes argumentos: 1.º Porque la convocatoria de la junta general en la que se adoptó el acuerdo de exclusión es nula de pleno derecho al no haber recibido la notificación tal y como resulta del escrito de oposición. Que la sociedad al conocer que la entrega en su domicilio no se había producido debió reiterar la comunicación vulnerando su inacción el contenido del artículo 173 de la Ley de Sociedades de Capital 2.º Porque la junta adopta el acuerdo sin que de conformidad con el artículo 352 de la Ley de Sociedades de Capital concurra resolución judicial firme. 3.º Por no ser de aplicación la Ley de Sociedades Profesionales y porque la sociedad es una sociedad de objeto mixto lo que excluye la aplicación de la Ley de Sociedades Profesionales.

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. Una sociedad limitada en cuyo objeto social se incluye el ejercicio de la actividad de auditoría, amén de otras actividades, y que se encuentra inscrita en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas, en adelante ROAC, acuerda en junta general la exclusión de un socio auditor que ostenta un porcentaje del 59 % del capital social. El acuerdo se adopta por unanimidad de los socios concurrentes que resultan ser dos socios auditores que ostentan entre los dos el 40 % del capital social (39 % y 1 %, respectivamente) y por un socio no auditor que ostenta un porcentaje del 1 % del capital social. En la junta sólo comparecen estos tres últimos socios que deducen del cómputo la parte correspondiente al socio excluido por apreciar conflicto de intereses quedando así reflejado en el acta notarial de la junta.

La sociedad notifica al socio excluido quien responde oponiéndose tanto a la exclusión como a la propuesta de valoración.

La sociedad solicita del Registrador Mercantil la designación de experto independiente al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital; el registrador desestima la solicitud por entender que la sociedad es de intermediación, por lo que no le es de aplicación la Ley de Sociedades Profesionales y porque considera que, en cualquier caso, procede la aplicación del artículo 352.2 de la Ley de Sociedades de Capital y no el artículo 14 de aquella.

Recurrida la resolución por la sociedad esta Dirección General de los Registros y del Notariado resolvió en fecha 1 de agosto de 2019 que procedía anular la resolución del Registrador Mercantil porque se había dictado inaudita parte al no haber sido notificado el socio excluido a efectos de poder alegar lo que en su derecho procediera.

Ahora, vuelve el expediente al conocimiento de esta Dirección una vez que notificado el socio excluido ha ejercido su derecho de audiencia y de recurso contra la resolución del Registrador Mercantil sobre la procedencia de la designación de experto independiente.

2. Procede la desestimación del recurso porque ninguno de los motivos expuestos por el recurrente pueden enervar la resolución del Registrador Mercantil por la que aprecia la procedencia de la designación del experto independiente al amparo de la previsión del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital.

El recurrente alega en primer lugar que la convocatoria de la junta en la que se acordó el acuerdo de exclusión es nula de pleno derecho por violación

del artículo 173 de la Ley de Sociedades de Capital. Estima el recurrente que el hecho de que la notificación de convocatoria, dirigida a su domicilio, pero devuelta por error de Correos no llegara oportunamente a su poder invalida aquella.

Esta Dirección General no puede compartir semejante conclusión pues tiene declarado en una dilatadísima doctrina (*vid.*, por todas, las Resoluciones de 29 de noviembre de 2012 y la más reciente de 24 de enero de 2019 en sede de recursos contra la calificación de los registradores), que corresponde al presidente realizar la declaración sobre la válida constitución de la junta, lo que implica un previo juicio por su parte sobre el cumplimiento de los requisitos precisos sobre su convocatoria. Es igualmente doctrina uniforme que la afirmación del presidente sobre la válida constitución de la junta no puede vincular al registrador de modo absoluto, al punto de que éste deba desconocer la realidad de lo acontecido en el seno de la junta cuando se halle amparado por la fe notarial, ignorando totalmente las afirmaciones contrarias de los socios consignadas en el acta y de especial relevancia para calificar la validez de los acuerdos (cfr. Resoluciones de 9 de enero de 1991, 13 de febrero de 1998, 31 de marzo de 2003 y 5 de agosto de 2013). De esta doctrina resulta claramente que el registrador no queda vinculado siempre y en todo caso por la actuación del presidente cuando la declaración de éste resulta contradicha por la documentación aportada y los asientos del Registro Mercantil en términos tales que aquella no puede mantenerse.

Para que así sea es preciso que de los hechos resulte una situación de conflicto tal que resulte patente la falta de legalidad y acierto de la declaración de la mesa. Así ocurre cuando existen juntas contradictorias (Resolución de 20 de diciembre de 2012), o cuando existen dos listas de asistentes diferentes (Resolución de 29 de octubre de 1999) o dos Libros Registros diferentes (Resolución de 13 de febrero de 1998), o cuando del acta notarial de junta general resulta patentemente la arbitrariedad en la privación del derecho de voto (Resolución de 24 de octubre de 2016), circunstancias todas ellas que impiden tener por debidamente realizada la declaración de válida constitución de la junta. Pero fuera de estos u otros supuestos semejantes hay que estar a la declaración del presidente de la junta que es el órgano legalmente encargado para apreciar si la junta se ha convocado de acuerdo a los requisitos estatutaria y legalmente exigibles.

Así las cosas, ciertamente el artículo 173.2 de la Ley de Sociedades de Capital afirma lo siguiente: «En sustitución de la forma de convocatoria prevista en el párrafo anterior, los estatutos podrán establecer que la convocatoria se realice por cualquier procedimiento de comunicación individual y escrita, que asegure la recepción del anuncio por todos los socios en el domicilio designado al efecto o en el que conste en la documentación de la sociedad.»

Así ocurre en la sociedad que da lugar a la presente tal y como conviene el recurrente. Ahora bien, el hecho de que la convocatoria se haga por medio de un procedimiento de comunicación que asegure la recepción del anuncio por

todos los socios no puede implicar que la válida convocatoria de la junta quede a expensas de la efectiva recepción de la comunicación. Ello implicaría que la válida constitución de la junta quedara a expensas de la suerte, de circunstancias imprevisibles o de la propia actitud del notificado. Lo que la Ley exige es que la notificación de la convocatoria se lleve a cabo por un medio seguro y que, como tal, garantice en su procedimiento de actuación que su contenido va a llegar al destinatario; pero esta declaración de intento no alcanza a garantizar lo imposible: que en todo caso la notificación llegue efectivamente a quien va destinada cualesquiera que sean las circunstancias.

Aplicadas las consideraciones anteriores al supuesto de hecho es claro que no puede apreciarse, en el estrecho ámbito de este expediente, violación alguna del precepto legal que invalide la convocatoria de la junta general. El administrador convocante ha agotado el deber de diligencia que le es exigible al llevar a cabo la convocatoria de la junta general por el medio previsto estatutaria y legalmente y al domicilio particular del socio como el mismo reconoce reiteradamente; domicilio idóneo como resulta del expediente y en donde se han practicado distintas notificaciones al hoy recurrente. Si por una causa ajena a la actuación del convocante se ha producido un resultado distinto a la efectiva entrega de la notificación no puede afirmarse que se ha producido una violación de la norma y la consecuente invalidación de la convocatoria.

Cosa distinta es que, como dice el escrito de recurso, el administrador hubiera debido adoptar una acción complementaria a la notificación de la convocatoria, pero esta afirmación de parte cae por completo fuera del ámbito de este expediente al pretender la valoración de la conducta de la persona que actúa como tal. El artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital limita la actuación del registrador a determinar si concurren o no los requisitos legales para que proceda la designación de experto independiente. 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 de 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010, entre otras).

Si cualquiera de las partes implicadas considera que la actuación de la sociedad o del solicitante incurre en fraude de Ley, en abuso de Derecho o entiende que su situación jurídica no es debidamente respetada tiene abierta la vía jurisdiccional para que en un procedimiento plenario, con audiencia de las personas interesadas y con plenitud de medios de prueba alegue lo que estime oportuno en su defensa (*vide* arts. 9 y 22 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial en relación al artículo 236 de la Ley de Sociedades de Capital), sin perjuicio de cualquier otra acción que pudiera corresponderle.

3. Tampoco pueden ser estimados los demás motivos de impugnación contenidos en el escrito de recurso tal y como resulta del contenido de la Resolución de 1 de agosto de 2019 que forma una unidad con la presente y cuyos argumentos no cabe sino reiterar.

Como ya expresara la citada Resolución no puede pretenderse que la Ley de Sociedades Profesionales no sea de aplicación a la sociedad a que se refiere el expediente. Bien al contrario, tal y como se razonó en aquella ocasión la sociedad que constituye el objeto de la presente es una sociedad de auditoría constituida de conformidad con la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas a la que, con carácter subsidiario se le aplican las normas de la Ley de sociedades profesionales en lo que no contravenga aquella por así resultar de la disposición adicional primera de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales así como del artículo 11.2 de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas.

No obsta a lo anterior el hecho de que la sociedad recoja en su objeto, junto al ejercicio de la auditoría, otras actividades distintas no profesionales. Esta anomalía, que ciertamente contradice la previsión del artículo 3 de la Ley de Sociedades Profesionales ni es objeto del presente expediente ni puede desvirtuar el hecho de que la sociedad existe, sus asientos registrales están bajo la salvaguarda de los Tribunales (art. 20 del Código de Comercio), y se rige por las normas descritas. Si como consecuencia de la constitución de la sociedad con anterioridad a la Ley de Sociedades Profesionales se ha producido un incumplimiento de sus previsiones, dicha circunstancia merecerá el reproche que legalmente corresponda, pero en ningún caso produce un desplazamiento de la norma aplicable.

Igualmente se resolvió en la Resolución de 1 de agosto de 2019, y se reitera ahora por los motivos que quedaron expresados, de la aplicación subsidiaria de la Ley 2/2007, de 15 de marzo de Sociedades Profesionales se sigue la aplicación de su artículo 14 sobre exclusión de socios, procedimiento y régimen de mayorías. Como se dijo entonces: «Ciertamente la previsión del precepto se aleja del régimen general que para las sociedades de capital establecen los artículos 350 a 352 de la Ley de Sociedades de Capital, pero tal ha sido la decisión del legislador que regula la exclusión de socios por incumplimiento de obligaciones frente a la sociedad en atención a la especialidad de este tipo de sociedades. De igual modo que se facilita al máximo la salida voluntaria de socios profesionales, aún en contra de la voluntad del resto (art. 13.1 de la Ley), y como excepción muy cualificada al régimen general que para las sociedades de capital (arts. 346 y 347), establece su Ley reguladora, la Ley de Sociedades Profesionales establece un régimen especial para la exclusión de socios profesionales. Es el régimen especial de este tipo de sociedades el que justifica que los efectos de la separación o de la exclusión, aún a socios con participaciones significativas, no se difiera en el tiempo y produzca sus efectos desde la notificación del acuerdo sin perjuicio de que el

socio excluido acuda o no a los remedios que para la defensa de su posición jurídica prevé el ordenamiento.»

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Zaragoza núm. 2, don Joaquín José Oria Almudí de fecha 15 de abril de 2019 en los términos que resultan.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución 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 diciembre de 2019 (1.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.

Resolución de 3 de diciembre de 2019 (2.ª)

En el expediente 160/2019 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Lamarca Auditores, S.L.».

HECHOS

Don M. A. E. A. presentó un escrito de fecha 22 de julio de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Vitoria, en el que solicitó, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio de «Lamarca Auditores, 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 día 28 de junio de 2019 a la que asistió la totalidad del capital social y en la que, tras la aprobación de las cuentas correspondientes al ejercicio 2018 se entró en la discusión del segundo punto del orden del día relativo a la propuesta de aplicación de resultado del ejercicio. Que tal y como resulta del acta notarial

autorizada por el notario de Vitoria don Enrique Arana Ruiz-Cámara el hoy solicitante instó el reparto de determinada cantidad como dividendo, solicitud que fue rechazada sin que se aprobase pago alguno de dividendo con cargo al beneficio obtenido.

Del acta autorizada el día 28 de junio de 2019 por el notario de Vitoria don Enrique Arana Ruiz-Cámara y de su diligencia de la misma fecha resulta que la sociedad celebró junta en la fecha indicada con la asistencia de la totalidad del capital social constituyéndose con el carácter de universal (pese a que había sido convocada). Del orden del día interesa a la presente el segundo que dice así: «Examen y, en su caso, aprobación de la propuesta de aplicación del resultado del ejercicio 2018» Resulta de la diligencia que, tras la aprobación del primer punto del orden del día relativo al examen y aprobación, en su caso, de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018, se entra en el citado segundo punto del orden del día proponiendo el socio, hoy solicitante, la distribución de cinco mil euros como dividendo. El otro socio vota en contra por no considerarlo adecuado. El hoy solicitante hace expresión de protesta por la falta de reparto de dividendo y el otro socio pone de manifiesto como aparece como deudor a la sociedad por determinadas cantidades que se han ido retirando de la compañía. Tras reiterarse ambos en sus posturas se rechaza la propuesta del hoy solicitante por un 65 % en contra y un 35 % a favor.

b) Que dándose todos los requisitos del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, notificó mediante acta notarial de fecha 17 de julio de 2019 autorizada por el notario de Vitoria don Luis Pérez de Lazarraga el ejercicio de su derecho de separación. El requerido, que es el otro socio de la sociedad y administrador único, contestó en la misma acta oponiéndose.

II

Previo traslado de la solicitud por parte del Registro Mercantil, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que se ha convocado junta general extraordinaria para el día 16 de septiembre de 2019 en cuyo orden del día se incluye el reparto de dividendos. 2.º Que en la sociedad y a través de entregas a los socios se han percibido cantidades desde 2015 en proporción a la participación de cada uno. Que siendo la actividad profesional de los socios el ejercicio de la auditoría ha sido a través de la facturación a la sociedad como se ha realizado la retribución. Que tras la salida del socio minoritario de otras dos sociedades pretende el ejercicio malicioso del derecho de separación. Que solicitar el reparto de dividendo cuando se han recibido cantidades de tesorería es una manipulación de los hechos aceptados por las partes durante 25 años.

III

El Registrador Mercantil de Álava, don Esteban Moyano Morales dictó resolución en fecha 6 de agosto 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.

IV

Don J. L. L. B., como administrador, por escrito de fecha 20 de septiembre de 2019, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Álava, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a, resumidamente, los siguien-

tes argumentos: 1.º Que en la junta ordinaria celebrada el día 28 de junio de 2019 no se adopta ningún acuerdo sobre la aplicación del resultado (lo que provocó la devolución de las cuentas anuales por el propio Registro Mercantil. Que ante la solicitud del socio para que se repartiese dividendo se vota en contra de que el reparto se haga en ese momento dada la peculiaridad de las tres sociedades vinculadas y porque la sociedad carecía de fondos en ese momento. También resulta del acta de la junta que las cantidades retiradas por los socios tienen la misma consideración mercantil que el reparto de dividendos, práctica habitual en la sociedad y aceptada por los socios lo que priva de fundamento el derecho de separación al amparo del artículo 348 bis. Que la junta celebrada el 16 de septiembre de 2019, a la que no asistió el solicitante, aprobó destinar el total del resultado del ejercicio 2018 al reparto de dividendo. 2.º Que el solicitante no ha realizado ninguna oferta a la sociedad en relación al contenido del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital por lo que no se da el supuesto en el contemplado. Que es cierto que el socio había trasladado una oferta de venta de sus participaciones en las tres sociedades vinculadas sin que haya contestado a la respuesta que desde las mismas se le dio.

Acompaña al escrito de recurso, entre otros, el documento de calificación de las cuentas anuales del que resulta que de la certificación del acuerdo de aprobación no resulta la aplicación del resultado.

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. Un socio de sociedad de responsabilidad limitada ejerce el derecho de separación al amparo del artículo 348 bis. La sociedad se opone y el Registrador Mercantil desestima la oposición por concurrir el conjunto de requisitos previstos en el artículo citado. La sociedad recurre en los términos que resultan de su escrito de recurso tal y como consta en los hechos de la presente.

2. El recurso no puede prosperar pues ninguno de los argumentos expresados en el escrito de recurso puede enervar el hecho de que en el supuesto de hecho se producen los presupuestos previstos en los artículos 348 bis y 353 de la Ley de Sociedades de Capital para que proceda la designación de experto independiente.

Es preciso reiterar, una vez más, que el objeto del expediente para la designación de experto independiente tiene el exclusivo objeto de decidir si concurren o no el conjunto de requisitos para que por parte del registrador se proceda a la designación de experto independiente.

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.

3. Establecido lo anterior, no puede aceptarse el argumento de que en la junta general celebrada no se adoptó acuerdo alguno sobre la aplicación del resultado. El argumento es insostenible pues si bien es cierto que el acta en este punto debería haber sido más precisa en su redacción, no lo es menos que resulta indubitado que existió una propuesta de aplicación del resultado, circunstancia que es obligatoria en la presentación de las cuentas anuales (*vide* art. 164 en relación con el 273 de la Ley de Sociedades de Capital), y que existió una contrapropuesta que no fue aprobada. De la lectura del acta que recoge los acuerdos de la sociedad resulta en su conjunto que el objeto de su celebración era precisamente la aprobación de las cuentas anuales de la sociedad lo que incluye la aprobación de la propuesta de aplicación del resultado llevada a cabo por el órgano de administración.

Es cierto que la sociedad acredita que la solicitud de depósito de las cuentas anuales ha sido rechazada por el registrador por considerar que la certificación de los acuerdos no recoge el oportuno relativo a la aprobación de la propuesta de aplicación del resultado, pero dicha circunstancia no altera las consideraciones anteriores.

En primer lugar, porque no puede confundirse el procedimiento para el depósito de cuentas con el procedimiento para designar experto independiente siendo aquél un procedimiento plenamente registral por el que se dilucida si se procede o no al depósito de las cuentas anuales y este un procedimiento administrativo con el objeto que ha sido expresado más arriba. En consecuencia, no puede extrañar que proceda el nombramiento de experto independiente, por reunirse los requisitos establecidos por la ley, a pesar de que las cuentas anuales no puedan depositarse por no reunirse los requisitos para ello exigibles, como ocurre en el supuesto de hecho.

En segundo lugar, no puede confundirse el acta de la junta general, redactada en este caso por fedatario público, con el certificado que de la misma lleva a cabo el órgano de administración (confróntese el artículo 203 de la Ley de Sociedades de Capital con los artículos 109 y 112 del Reglamento del Registro Mercantil). Si la primera recoge el conjunto de hechos acaecidos durante la celebración de la junta general (arts. 97 y 102 del Reglamento del Registro Mercantil), el certificado sólo hace referencia a los hechos precisos para que se practique el concreto acto cuya inscripción o depósito se solicita.

Así ocurre en el caso presente en el que resultando del acta notarial la aprobación de la propuesta de aplicación del resultado que la administración presenta a la junta general, el certificado elaborado por el administrador para solicitar el depósito de las cuentas anuales no lo recoge debidamente, provocando su rechazo. A los efectos de la presente queda por tanto debidamente

acreditado el hecho de la aprobación de la propuesta de aplicación del resultado, aunque no lo haya sido a los efectos del depósito de las cuentas.

4. Tampoco puede aceptarse el argumento de que una junta posterior ha aprobado el reparto de dividendo. Como ya afirmara nuestro Tribunal Supremo en un supuesto sustancialmente idéntico al presente, *(vid.* Sentencia de 26 de enero de 2006), es indudable que la sociedad puede «rectificar, desistir, arrepentirse o renunciar» un acuerdo que previamente haya adoptado, pero siempre con pleno respeto a las normas del ordenamiento jurídico y con efectos «ex nunc» pues no puede pretenderse dejar sin efecto aquellos ya producidos.» Y es que, afirma la propia Sentencia: «No hay, en primer lugar, tal restablecimiento (de una situación anterior), sino una nueva modificación que carece de efectos retroactivos, que sólo cabe reconocer a las Leyes que así lo dispongan (art. 2.3 CC) dentro de los límites de seguridad que señala el artículo 9.3 de la Constitución…».

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

Como pone de relieve la reciente resolución de 17 de abril de 2017 de este Centro Directivo en materia de recursos contra 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.

5. Tampoco puede aceptarse el argumento de que en realidad la sociedad repartía dividendos en forma de disposiciones de tesorería y que esta era la forma habitual de remunerar a los socios en el conjunto de sociedades en que participaban. Como quedó expuesto más arriba el objeto de este expediente no puede abarcar el análisis de situaciones que excedan de la mera verificación del cumplimiento de requisitos legales y, desde luego, no puede invadir la esfera de conocimiento de los tribunales de justicia. No puede en consecuencia, entrar a analizar si del conjunto de pruebas aportadas al expediente resulta que existía una voluntad no expresada formalmente de repartir dividendos en forma distinta a la prevista legalmente o de si se puede o no considerar verificada la ejecución de dicha voluntad. Dichas declaraciones corresponde apreciarlas a los tribunales de justicia en cuyo ámbito y mediante el cumplimiento de las normas de procedimiento correspondientes debe la parte que así lo estime oportuno ejercer sus pretensiones.

6. Por último en nada se altera la decisión adoptada por el hecho de que el solicitante no haya justificado haber realizado oferta alguna a la sociedad en los términos del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital. Como ha reiterado esta Dirección General en sede de designación de experto con fundamento en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital (Resoluciones de 4 de diciembre de 2017, 22 de enero, 1, 13 y 22 de febrero y 4 de mayo de 2018), el ejercicio del derecho de separación depende exclusivamente de la voluntad del socio una vez que concurran los requisitos legalmente establecidos. Ejercitado el derecho y con el fin de determinar el crédito de separación (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.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Álava, don Esteban Moyano Morales de fecha 6 de agosto 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 diciembre de 2019 (2.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.

Resolución de 12 de diciembre de 2019 (1.ª)

En el expediente 164/2019 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Punta Puerto Portals, S.A.»

HECHOS

I

Don P. H. L. B. presentó un escrito de fecha 13 de septiembre de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Mallorca, en el que solicitó, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio de «Punta Puerto Portals, 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 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 su junta general ordinaria el día 26 de junio de 2019. Del acta de la junta, que se acompaña, resulta la asistencia de la totalidad del capital social, incluido el hoy solicitante que lo hace por medio de representante. Resulta que, en cuanto al segundo punto del orden del día relativo al examen y aprobación, en su caso, de la propuesta de aplicación de resultado correspondiente al ejercicio social terminado el día 31 de diciembre de 2018, el representante del hoy solicitante solicitó un reparto de dividendos que guardase la misma proporción en relación al resultado que en el ejercicio anterior. Consta que la presidente explica que las necesidades de tesorería no permiten la distribución de dividendos. Consta finalmente que con el único voto en contra del hoy solicitante se aprueba la propuesta de aplicación del resultado que lo destina íntegramente a reservas.

b) Mediante carta fechada el día 19 de julio de 2019, el representante del hoy solicitante notifica a la sociedad su intención de ejercitar el derecho de separación recogido en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. Además, en dicha carta se afirma que en el transcurso de la junta general de 26 de junio de 2019 entregó una carta en la que se contenía una oferta de venta de su paquete de acciones sin que haya recibido respuesta.

II

Previo traslado de la solicitud por parte del Registro Mercantil, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que de conformidad con el contenido del artículo 348 bis el socio carece de legitimación para el ejercicio del derecho de separación puesto que aquél exige que el socio haga constar en el acta su protesta por la insuficiencia de los dividendos reconocidos. Que tal y como resulta del contenido del acta de la junta, que fue aprobado por unanimidad de los asistentes, el solicitante se limitó a votar en contra de la propuesta de aplicación del resultado sin hacer constar protesta alguna. Que la introducción de dicho requisito en la reforma llevada a cabo por la Ley 11/2018 refleja la voluntad del legislador de exigir algo más que en la redacción anterior por lo que no es suficiente votar en contra. Que el Tribunal Supremo en su doctrina sobre el requisito que el antiguo artículo 117.2 de la Ley de Sociedades Anónimas exigía para impugnar el acuerdo de junta, dejar constancia de su oposición, exigió en reiteradas ocasiones (con cita), que resultase de forma explícita y clara. Que la doctrina interpreta en el mismo sentido el nuevo artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital. 2.º Que la sociedad nunca ha aceptado que el solicitante tenga derecho de separación como parece dar a entender la solicitud. Que han existido negociaciones de compra de su paquete accionarial no vinculadas al ejercicio de un derecho de separación, sino que han sido previas y distintas.

III

El Registrador Mercantil de Palma de Mallorca núm. 2, don Antonio Isaac Aguilar dictó resolución en fecha 2 de octubre de 2019 por la que acordó inadmitir la solicitud y resolver la improcedencia del nombramiento del experto solicitado para la determinación del valor razonable de las acciones de acuerdo con el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital. Fundamenta su decisión en el hecho de que del acta de la junta aportada por el solicitante resulta su solicitud de reparto de dividendo, así como su voto en contra de la propuesta de aplicación del resultado, pero no la protesta que exige el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital.

IV

Don P. H. L. B., por escrito de fecha 24 de octubre 2019, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Mallorca, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a, resumidamente, los siguientes argumentos: 1.º Que de la documentación aportada al expediente queda acreditado que durante la junta general de 26 de junio de 2019 ante la negativa de la mayoría a repartir dividendos el solicitante presentó una oferta de venta de su paquete de acciones poniendo en conocimiento de la sociedad su derecho a hacer uso del derecho recogido en el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital, recibiendo una contraoferta totalmente alejada de los precios de mercado; es decir, que la sociedad era conocedora de la intención del solicitante y no puede ahora alegar un defecto meramente formal. 2.º Que el artículo 348 bis se refiere a la insuficiencia de los dividendos reconocidos lo que implica un reparto, aunque sea mínimo, circunstancia que no se produjo en la citada junta. Que ante esta ausencia el solicitante presentó una oferta de venta de sus acciones a lo que respondió la sociedad con una contraoferta. 3.º Que las sentencias citadas no son de aplicación al supuesto.

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 de 2019.

1. Celebrada junta general de una sociedad anónima en fecha 26 de junio de 2019 con la finalidad prevista en el artículo 164 de la Ley de Sociedades de Capital, el hoy recurrente solicita el reparto de dividendo. La junta general, con su voto en contra, aprueba la propuesta del órgano de administración de destinar la integridad del beneficio a reservas. El acta de la junta se aprueba por unanimidad. El socio que votó en contra notifica a la sociedad el ejercicio de su derecho de separación. Instado el procedimiento previsto en el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital, el Registrador Mercantil desestima su solicitud por estimar el motivo de oposición de que el solicitante no hizo constar en el acta su protesta por la insuficiencia de los dividendos reconocidos. El interesado recurre.

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, 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 establecido 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. 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 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 decide la no 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 reconocido.

Procede la desestimación del recurso.

5. Los argumentos de contrario del recurrente no pueden enervar la conclusión anterior.

En primer lugar, porque la afirmación de parte de que la sociedad conocía la intención del solicitante de vender su paquete de acciones resulta irrelevante a los efectos de la presente. Con carácter expreso establece el artículo 363.1 del Reglamento del Registro Mercantil: «El nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil del domicilio social para la determinación del valor real de las acciones o participaciones en los casos establecidos por la Ley se efectuará a solicitud del interesado, de conformidad con lo previsto en los artículos 351 y siguientes.», refiriéndose los preceptos a que se remite a la solicitud de designación de auditor por parte del registrador mercantil.

El procedimiento registral contemplado en los citados artículos se caracteriza por lo limitado de su ámbito 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 indepen-

diente 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 su caso, en defensa de su posición jurídica.

En segundo lugar, porque lejos de ser un requisito meramente formal como afirma el escrito de recurso, la falta de constancia en el acta de la junta general de la protesta del socio tiene un alcance material tal y como queda razonado.

Tampoco es aceptable la interpretación que del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital lleva a cabo el escrito de recurso al afirmar que exige un reparto, aunque mínimo de dividendo con cargo al beneficio obtenido. En realidad, no está clara la conclusión que de tal afirmación se deriva pues el recurrente no la formula, sino que se limita a afirmar que ante la ausencia de reparto de dividendo ofertó su paquete accionarial y recibió una contraoferta insuficiente. En cualquier caso, y aun siendo cierto que el artículo 348 bis reformado podría haber tenido una redacción más precisa, resulta patente que el supuesto de hecho a que se refiere comprende tanto la ausencia absoluta de reparto de dividendo con cargo al beneficio como el acuerdo de reparto de dividendo por debajo de las cifras a que el mismo se refiere. Lo trascendente es que el acuerdo de aprobación de aplicación del resultado no destine al dividendo «…, al menos, …el veinticinco por ciento de los beneficios obtenidos durante el ejercicio anterior que sean legalmente distribuibles…»

Finalmente, la jurisprudencia citada por la sociedad, si bien aplicable al supuesto de impugnación de acuerdos sociales en el ámbito de la antigua Ley de Sociedades Anónimas, no hace sino reforzar la argumentación expuesta

por cuanto se refiere a la interpretación que hace el alto tribunal en relación a la exigencia de que un socio haga constar expresamente su oposición a determinado acuerdo. Es por tanto pertinente que nos detengamos en su contenido y, especialmente, en 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.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Palma de Mallorca núm. 2, don Antonio Isaac Aguilar de fecha 2 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, 12 de diciembre de 2019 (1.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.

Resolución de 12 de diciembre de 2019 (2.ª)

En el expediente 165/2019 sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Puchades Gil y Asociados, S.L.P.».

HECHOS

I

Don F. X. C. R. presentó un escrito de fecha 6 de mayo 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 «Puchades Gil y Asociados, S.L.P.», el nombramiento de un experto para que proceda a la determinación del valor razonable de las participaciones como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación al amparo del artículo 13 de la Ley de Sociedades Profesionales.

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

a) Que en fecha 17 de enero de 2019 notificó a la sociedad el ejercicio de su derecho de separación al amparo del artículo 13.1 de la Ley de Sociedades Profesionales. Aporta escrito remitido por burofax y certificación de entrega en fecha 18 de enero de 2019.

b) Que en fecha 6 de marzo de 2019 remitió por correo certificado a la sociedad nuevo escrito en el que reiteraba lo anterior requiriendo a la sociedad para que realizase un ofrecimiento por sus participaciones, para que retire su imagen de la página web de la sociedad y notificando su renuncia al cargo de administrador solidario. 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 el burofax del solicitante fue contestado mediante acta notarial de 28 de enero de 2019 en la que se ponía de manifiesto que el solicitante, como administrador de la sociedad, está obligado a actuar en el desempeño de su labor con buena fe, lealtad y en interés de la sociedad; que la sociedad se constituyó para prestar determinado servicio sanitario en determinado centro; que el solicitante está incumpliendo todos los pactos contractuales y su deber de lealtad por cuanto se ha instalado en el mismo centro para prestar el mismo servicio. Que en el acta se rechazaba el ejercicio del derecho de separación y se le requería para que se abstuviese de realizar actuaciones profesionales fuera del ámbito de la sociedad. 2.º Que recibida con posterioridad acta de renuncia al cargo de administrador del solicitante se hizo en fraude de ley al no permitir a la sociedad contestar en plazo. Que mediante otra acta se dio contestación rechazando su renuncia, acta que no pudo tener acceso al Registro Mercantil por constar ya inscrita aquella. 3.º Que la Ley de Sociedades Profesionales exige que la separación se realice de acuerdo con las exigencias de la buena fe en sintonía con el artículo 1705 del Código Civil y artículo 224 del Código de Comercio. Que el artículo 1706 del Código Civil considera mala fe aprovecharse para sí del lucro común en línea con el art. 224 del Código de Comercio. Que la renuncia ejercida de mala fe es ineficaz.

III

El Registrador Mercantil de Valencia núm. 1, don Rodolfo Bada Maño dictó resolución en fecha 16 de septiembre 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. Fundamenta su resolución en el contenido del artículo 13 de la Ley de Sociedades Profesionales y en la naturaleza del procedimiento registral de designación de experto independiente.

IV

Don R. B. S., como apoderado de la sociedad, por escrito de 15 de octubre de 2019, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Valencia, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución. El escrito de recurso reproduce los argumentos que se habían expresado previamente en su escrito de oposición añadiendo que la resolución del Registrador Mercantil se limita a hacer una afirmación genérica de la aplicación del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital sin rebatir el argumento de que el solicitante no actúa de buena fe por lo que su renuncia no puede ser eficaz.

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 28, 108, 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; 12, 13.1 y 17.2 de la Ley de Sociedades Profesionales; 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. Ejercitado por un socio profesional de sociedad limitada profesional el derecho de separación al amparo del artículo 13 de su ley reguladora, la sociedad se opone en los términos que resultan de los hechos. El registrador desestima la oposición y la sociedad recurre.

2. El recurso no puede prosperar. Procede la confirmación integral de la resolución impugnada y por sus mismos fundamentos habida cuenta de la naturaleza y objeto del procedimiento de designación de experto independiente y del contenido del artículo 13 de la Ley de Sociedades Profesionales.

Comenzando por esto último, y 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).

Como afirma la Resolución de esta Dirección de fecha 7 de febrero de 2012 (en sede de recursos contra la calificación del registrador), 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.–. Pero también se admite la introducción convencional del derecho de separación como compensación por la eventual prohibición estatutaria de la transmisibilidad de las participaciones sociales (en los limitados términos permitidos por el art. 108.3 de la Ley de Sociedades de Capital) o por las dificultades que para la realización del valor patrimonial de las participaciones se derivan de las necesarias limitaciones a que está sujeta la transmisibilidad de la posición del socio y de la inexistencia de un mercado de participaciones. 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».

Cuando la sociedad de responsabilidad limitada es el tipo elegido para constituir una sociedad profesional se hace necesario el reconocimiento legal de un derecho de separación aún más extenso en favor de los socios profesionales. En efecto, el hecho de que las participaciones correspondientes a los socios profesionales lleven necesariamente aparejada la obligación de realizar prestaciones accesorias relativas al ejercicio de la actividad profesional que constituya el objeto social (art. 17.2 de la Ley de Sociedades Profesionales), así como la intransmisibilidad de tales participaciones sin que medie el consentimiento de todos los socios –o de la mayoría de ellos fijada en el contrato social– (art. 12 de la misma Ley) tiene como consecuencia que se permita a los socios profesionales separarse de la sociedad constituida por tiempo indefinido «en cualquier momento», de modo que el ejercicio de tal derecho «sea eficaz desde el momento en que se notifique a la sociedad» (art. 13.1 del mismo texto legal).

Así resulta indubitadamente del artículo 13.1 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales: «Los socios profesionales podrán separarse de la sociedad constituida por tiempo indefinido en cualquier momento. El ejercicio del derecho de separación habrá de ejercitarse de conformidad con las exigencias de la buena fe, siendo eficaz desde el momento en que se notifique a la sociedad.»

Resulta del expediente que el socio profesional que lo insta ha ejercitado el derecho de separación con fundamento en dicho precepto y que lo ha notificado a la sociedad por lo que no procede sino la estimación de su pretensión

de que se designe un experto en los términos previstos en el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital.

3. Es cierto que el precepto exige que el derecho sea ejercitado de conformidad con las exigencias de la buena fe, radicando aquí el núcleo de argumentación del recurso de la sociedad que afirma que su ausencia en el supuesto de hecho priva de legitimación al socio e invalida el ejercicio del derecho, todo lo cual nos lleva a la segunda causa de desestimación del recurso.

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 la parte existen motivos suficientes para que

por la autoridad judicial se modere o alteren las consecuencias que de la aplicación del artículo 13.1 de la Ley de Sociedades Profesionales 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).

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Valencia núm. 1, don Rodolfo Bada Maño de fecha 16 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, 12 de diciembre de 2019 (2.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.

Resolución de 17 de diciembre de 2019

En el expediente sobre nombramiento de experto a instancia de un socio de «Hercu Industrial, S.A.».

HECHOS

I

Don G. C. R., representante de la compañía Inversiones «Ecol Cuesta, S.L.» presentó un escrito de fecha 11 de octubre de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Cantabria, en el que tuvo su entrada el día 2 de noviembre, en el que solicitó, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio su representada de «Hercu Industrial, 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 del artículo 348 bis.

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

a) Que la sociedad celebró junta general el día 18 de junio de 2018 en la que se aprobó no proceder al reparto de dividendo con cargo al beneficio del ejercicio 2017 con el voto en contra de la solicitante.

b) Que acompaña informe pericial realizado por la sociedad BDR Auditores S.L.P. que acredita la existencia de beneficios repartibles con cargo a dicho ejercicio.

c) Que notificó mediante burofax a la sociedad el ejercicio del derecho de separación con propuesta de valoración.

II

Previo traslado de la solicitud por parte del Registro Mercantil, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que se niega la competencia de la registradora para apreciar la concurrencia de las condiciones sustantivas que actúan como precondición para el trámite solicitado con cita de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Murcia de 18 de mayo de 2017. 2.º Que no ha recibido la totalidad de la documentación que acompañaba a la solicitud. 3.º Que la sociedad solicitante no es socio de la sociedad desde su constitución sino desde el 23 de agosto de 2016. Que la sociedad no ejercitó el derecho de separación porque desde su incorporación no existieron beneficios. Que es relevante porque si la finalidad del artículo 348 bis es la protección del socio minoritario frente al abuso de la mayoría no ha existido tal al no existir beneficios. Que lo anterior acredita la necesidad de un referente temporal amplio para valorar el comportamiento de la sociedad. 4.º Que si bien es cierto que el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital protege al socio minoritario no puede confundirse con un reconocimiento a un dividendo obligatorio ni puede perjudicar al interés social. 5.º Que es requisito que existan beneficios legalmente repartibles con exclusión de los beneficios extraordinarios. Que si bien en el ejercicio 2017 hubo beneficios se aplicó una cantidad a compensar pérdidas de ejercicios anteriores. 6.º Que es preciso tener en cuenta las perspectivas futuras de la sociedad existiendo una reclamación extrajudicial importante que justifica el no reparto de dividendo para el caso de que la

sociedad sea condenada al pago. De prevalecer el interés individual del socio la sociedad sufriría un perjuicio en forma de descapitalización.

Mediante escrito de fecha 27 de noviembre de 2018, tras recibir la completa documentación que acompañaba a la solicitud, la sociedad se dirige al Registro Mercantil ratificándose en su escrito de oposición y añade que se impugna el informe de la sociedad BDR Auditores S.L.P. por ser un informe de parte, por aplicar determinadas normas del ICAC que no son de aplicación, por aplicar un criterio de valoración que no resulta aplicable por las razones que expone, por no determinar el valor concreto de cada participación *(sic)*, por no tener en cuenta circunstancias que pueden afectar a la valoración como es la reclamación extrajudicial a que se ha hecho referencia, porque se fija exclusivamente en la información contable, porque no valora si el ejercicio del derecho de separación pone en peligro la empresa, y porque no tiene en cuenta determinadas resoluciones judiciales sobre el ejercicio del derecho de separación.

III

La Registradora Mercantil de Cantabria, doña Emilia Tapia Izquierdo dictó resolución en fecha 3 de diciembre de 2018 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del experto solicitado para la determinación del valor razonable de las participaciones de acuerdo con el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil.

IV

Don F. J. C. O. y don M. A. C. O., como administradores, por escrito de fecha 31 de diciembre de 2018, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Cantabria, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a, resumidamente, los siguientes argumentos: 1.º Que, si bien la sociedad solicitante es socio de la sociedad «Hercu Industrial, S.A.», no lo es desde su constitución sino desde la fecha de su constitución el día 23 de agosto de 2016. Que en las juntas celebradas desde entonces nunca ejercitó el derecho de separación y no lo hizo porque las cuentas de 2015 y 2016 arrojaron un resultado negativo. Que dicha circunstancia es relevante porque siendo la finalidad del artículo 348 bis la protección del socio minoritario ante la falta de reparto de dividendo, no se produce tal supuesto al ser el solicitante socio desde 2016 sin que hayan existido en los periodos aplicables beneficios. Que es preciso un referente temporal amplio en lo que ausencia de beneficios se refiere para poder apreciar la pertinencia de una medida de protección del socio minoritario. 2.º Que el derecho del artículo 348 bis no puede identificarse con el reconocimiento a un dividendo obligatorio, derecho que además no puede perjudicar el interés social. En la situación que se encuentra la sociedad no es aconsejable el reparto de dividendo debido a su situación financiera, sus perspectivas futuras ni otras circunstancias. Que como resulta del artículo 273 de la Ley de Sociedades de Capital dicha situación financiera es determinante. 3.º Que uno de los requisitos exigidos por el precepto es que existan beneficios legalmente repartibles, es decir provenientes de la explotación del objeto social. Que en el ejercicio 2017 es cierto que existieron beneficios, pero no lo es menos que una cantidad de 262.177, 57 € se destinaron a compensar pérdidas de ejercicios anteriores que ascienden a la cantidad de 662.155,57 €. 4.º Que la registradora no solo no ha tenido en cuenta la realidad financiera de la sociedad sino tampoco sus perspectivas futuras habida cuenta de la existencia de una reclamación extrajudicial por parte de la sociedad «Viscocel, S.L.» por importe de 900.000 €. Dicha reclamación conlleva la necesidad de no repartir beneficios en beneficio del interés social. De prevalecer el interés individual del

socio, la sociedad sufriría un perjuicio notable por su descapitalización. 5.º Que, en relación con el informe aportado por la contraparte sobre valoración de su paquete de acciones, es un informe de parte que es rechazado por la sociedad por una serie de motivos (que se explican prolijamente).

V

Por causas internas el anterior recurso no entró en el sistema de reparto de la Dirección General de los Registros y del Notariado produciéndose silencio negativo habiendo certificado en este sentido el Director General en fecha 1 de octubre de 2018.

Mediante escrito de fecha 25 de noviembre de 2019, los administradores de la sociedad «Hercu Industrial, S.A.», don F. J. C. O. y don M. A. C. O., presentan ante esta Dirección recurso de queja solicitando resolución expresa.

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. Una sociedad de responsabilidad limitada, socio de una sociedad anónima ejerce su derecho de separación al amparo del artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital por cuanto la junta general que aprobó las cuentas anuales del ejercicio finalizado el día 31 de diciembre de 2017, celebrada el día 18 de junio de 2018 aprobó, con su voto en contra, una propuesta de aplicación del resultado positivo que no contemplaba reparto alguno de dividendo.

La Registradora Mercantil de Cantabria desestimó los motivos de oposición de la sociedad y resolvió la pertinencia de designación de experto independiente al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital. Contra esta decisión la sociedad interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General sin que fuera objeto de resolución expresa en plazo por lo que se

certificó de silencio negativo en fecha 1 de octubre de 2019. La sociedad expresa en queja su solicitud de resolución expresa dando lugar a la presente.

2. El presente recurso se dicta en relación al ejercicio de un derecho de separación derivado del acuerdo de aplicación de resultado alcanzado en la junta general de socio celebrada el día 18 de junio de 2018. Dicha circunstancia es relevante porque determina la ley aplicable habida cuenta de la reforma que el artículo 348 bis ha experimentado por 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 que 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.

La disposición transitoria de la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, dice así en su apartado primero: «Las modificaciones introducidas por esta Ley, mediante los artículos primero, segundo y tercero, serán de aplicación para los ejercicios económicos que se inicien a partir del 1 de enero de 2018. Por excepción, las modificaciones introducidas por esta Ley mediante el artículo segundo apartado seis en el artículo 348 bis del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, serán de aplicación a las juntas generales que se celebren a partir del mismo día de su entrada en vigor.»

Por su parte la disposición final séptima de la Ley 11/2018 establece que: «Esta Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado», circunstancia que se produjo el día 30 de diciembre de 2018.

En consecuencia, es de aplicación la nueva redacción del artículo 348 bis a los acuerdos de aprobación de cuentas adoptados a partir del día 31 de diciembre de 2018.

En consecuencia, es de aplicación al supuesto de hecho la redacción del artículo 348 bis vigente para los acuerdos adoptados con anterioridad al día citado, como ocurre en el supuesto de hecho.

2. Establecido lo anterior, es doctrina de esta Dirección General (*vide* resoluciones de 2 de noviembre de 2010, de 7 de febrero de 2012 y 14 de mayo de 2015), que la amplitud con que se admite el derecho de separación del socio en las sociedades de responsabilidad limitada se justifica como tutela particularmente necesaria en una forma social en la que, por su carácter cerrado, falta la más eficaz medida de defensa: la posibilidad de negociar libremente en el mercado el valor patrimonial en que se traduce la participación social *(vid.* apartado III de la Exposición de Motivos de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, antecedente del vigente texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital). Con este planteamiento, no sólo se determinan las causas legales de separación de los socios, sino que se permiten otras estatutarias (cfr. arts. 346 y 347 de la Ley Socieda-

des de Capital). De este modo, puede afirmarse que se contempla tal derecho como medida para proteger a la minoría frente al carácter vinculante de los acuerdos adoptados por la mayoría, bien cuando supongan una modificación de elementos básicos de la configuración de la sociedad –objeto, plazo de duración, transformación, etc.– bien por alterar derechos de los socios de especial relevancia –transmisibilidad de sus derechos, mayorías de decisión, etc. En último término, se trata de asegurar al socio la razonable posibilidad de transmitir sus participaciones (siquiera sea con las limitaciones propias de una sociedad cerrada) o de salir de la sociedad para que no quede convertido en una suerte de «prisionero de sus participaciones» (sentencia del Tribunal Supremo 63/2011, de 28 de febrero).

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

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

3. La doctrina expuesta de este Centro Directivo es plenamente respetuosa con la expresada por nuestro Tribunal Supremo que, en su sentencia 32/2006 de 23 enero (seguida por las que luego se citarán), estableció su posición al respecto afirmando que: a) El derecho de separación es un derecho potestativo o de configuración. b) El derecho del socio que se opone, nace desde que la sociedad adopta el acuerdo social previsto legalmente o en los términos previstos cuando se trate de supuestos estatutarios. c) El ejercicio del derecho debe hacerse dentro del plazo legalmente previsto e implica una declaración recipticia que debe hacerse llegar a la sociedad. d) El ejercicio del derecho no requiere la aceptación de la sociedad quien, una vez ejercitado, no puede dejarlo sin efecto. e) El ejercicio del derecho no depende de la inscripción del acuerdo, en su caso, en el Registro Mercantil.

4. Junto a los supuestos legales o estatutarios, que podrían denominarse tradicionales en nuestro ordenamiento, la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de

Reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007 (LCEur 2007\1230), sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas, introdujo un nuevo supuesto al incorporar el artículo 348 bis al texto de la Ley de Sociedades de Capital.

El precepto, que se transcribe más abajo, entró en vigor el 2 de octubre de 2011 (a los dos meses de la publicación en el Boletín Oficial del Estado de la Ley 25/2011, de 1 de agosto), y se mantuvo vigente hasta el 23 de junio de 2012. A partir del 24 de junio de 2104 su vigencia fue suspendida, primero hasta el 31 de diciembre de 2014 (por la Ley núm. 1/2012, de 22 de junio), y después hasta el 31 de diciembre de 2016 (por la Ley núm. 9/2015, de 25 de mayo). Dicho precepto, que ciertamente ha sufrido un iter legislativo peculiar, se encuentra plenamente vigente desde el día 1 de enero de 2017.

Dice así el artículo 348 bis: «1. A partir del quinto ejercicio a contar desde la inscripción en el Registro Mercantil de la sociedad, el socio que hubiera votado a favor de la distribución de los beneficios sociales tendrá derecho de separación en el caso de que la junta general no acordara la distribución como dividendo de, al menos, un tercio de los beneficios propios de la explotación del objeto social obtenidos durante el ejercicio anterior, que sean legalmente repartibles. 2. El plazo para el ejercicio del derecho de separación será de un mes a contar desde la fecha en que se hubiera celebrado la junta general ordinaria de socios. 3. Lo dispuesto en este artículo no será de aplicación a las sociedades cotizadas.»

Como pone de relieve la sentencia 84/2014, de 21 de marzo de la Audiencia Provincial de La Coruña (sección 4.ª): «Su fundamento radica en que la Ley atribuye a la Junta General de Accionistas la facultad de decidir sobre la aplicación del resultado, si procede el reparto de dividendos, en el caso de que existan beneficios repartibles, que es el derecho en abstracto de los accionistas a participar, por lo que la denegación sistemática y reiterada a lo largo de los años por la mayoría del capital social en Junta puede generar conflictos entre los socios minoritarios, que precisamente el derecho a dividendo es lo que les llevó a participar en la sociedad, concediendo a éstos de tal forma la ley un derecho de separación, cumpliendo determinados requisitos.»

La resolución transcrita se hace eco de la afirmaciones contenidas en la sentencia 873/2011 de 7 diciembre de nuestro Tribunal Supremo cuando afirma: «Tratándose en concreto de acuerdos referidos a la aplicación del resultado, aunque nuestro ordenamiento no regula de forma expresa la impugnación de acuerdos por falta de reparto de beneficios –a diferencia de otros, como el alemán que la admite en el artículo 254.1 de la Aktg–, hemos declarado en la sentencia 418/2005, de 26 de mayo (RJ 2005, 5761), que "[p]rivar al socio minoritario sin causa acreditada alguna (...) se presenta a todas luces como una actuación abusiva, que no puede obtener el amparo de los Tribunales, pues se trata de actitud impeditiva afectada de notoria ilicitud, que justifica la impugnación promovida y estimada del acuerdo de aplicación del

resultado, pues todo ello significaría consagrar un imperio despótico de la mayoría"… En este sentido nos hemos pronunciado en las sentencias 788/1996, de 10 de octubre (RJ 1996, 7063) – el derecho abstracto al dividendo (...) se concreta con el acuerdo de la Junta General y el derecho de crédito del accionista contra la Sociedad solo nace con el acuerdo de tal Junta–, 215/1997, de 19 de marzo – [s]iendo indudable el derecho del accionista de una sociedad anónima a participar en los beneficios de la misma, por medio del reparto de dividendos, hay que distinguir el derecho abstracto del mismo, que es indiscutible, y el derecho concreto, que no se obtiene sino desde que hay un acuerdo de la Junta general de accionistas»–, y 60/2002, de 30 de enero, «[e]l accionista tiene derecho a participar en los beneficios de la Sociedad Anónima, como derecho abstracto, pero es el acuerdo de la Junta general el que decide el reparto del dividendo, que hace surgir el derecho de crédito del accionista, como derecho concreto, quedando determinada la cantidad, el momento y la forma del pago.»

De este modo, la norma viene a objetivar lo que no venía siendo reconocido más que como principio del derecho de sociedades, proporcionando una potente herramienta jurídica a los socios minoritarios en defensa de sus intereses cuando el fin de lucro inherente a las sociedades de capital no se traduce en una adecuada participación de los socios en los beneficios obtenidos.

La regulación delimita adecuadamente los límites en que el derecho debe ser ejercitado (*vide* sentencia 22/2013, de 23 de enero de la Audiencia Provincial de Valencia –sección 9.ª–, sentencia 278/2013, de 18 de noviembre de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa –sección 2.ª–, sentencia 81/2015 de 26 marzo de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 15.ª), sentencia 322/2015, de 2 de diciembre de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife –sección 4.ª–, y sentencia 97/2015, de 31 de marzo del Juzgado de lo Mercantil de San Sebastián), límites que deben ser contemplados con especial rigor como ha tenido ocasión de recordar la jurisprudencia de los tribunales que se han ocupado del supuesto.

5. Así las cosas, el recurso no puede prosperar pues ninguno de los motivos en que se fundamenta puede enervar el hecho de que la sociedad ejerciente del derecho de separación reúne los requisitos establecidos en la norma.

Es irrelevante, a los efectos del ejercicio del derecho, el momento en que el socio que lo ejercita haya accedido al accionariado de la sociedad como es irrelevante que haya ejercido el derecho en el primer ejercicio en el que la sociedad ha obtenido beneficio desde su incorporación. Ningún requisito al respecto exige el artículo 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital por lo que no puede la sociedad recurrente pretenderse incorporar un requisito de índole temporal que no viene exigido por la Ley. El escrito de recurso pretende enervar el derecho del socio minoritario introduciendo un requisito no contemplado legalmente confundiendo la finalidad que inspira la norma (la protección del socio minoritario), con su contenido (requisitos de ejercicio), dejando vacía de contenido la doctrina jurisprudencial expuesta sobre el ejer-

cicio del derecho de separación una vez que concurren los requisitos legalmente exigibles.

Por la misma razón debe desestimarse el motivo de recurso que hace referencia a la situación financiera de la sociedad o a sus perspectivas futuras. Nada de esto resulta del texto legal. La situación económica en la que pueda encontrarse la sociedad no condiciona el ejercicio del derecho de separación. 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...».

6. El mismo destino desestimatorio merece el motivo de recurso que hace referencia a la existencia de beneficio repartible. En realidad, el escrito de recurso no discute que el beneficio proviene de la explotación ordinaria del objeto social, sino que afirma su inexistencia derivado del hecho de que existen pérdidas acumuladas de ejercicios anteriores a cuya compensación se ha aplicado determinada cifra.

Pero de esta circunstancia no se deriva que no exista un beneficio repartible pues la mera existencia de pérdidas acumuladas no determina la inexistencia de aquél. Como afirma el artículo 273.2 de la Ley de Sociedades de Capital: «Una vez cubiertas las atenciones previstas por la ley o los estatutos, sólo podrán repartirse dividendos con cargo al beneficio del ejercicio, o a reservas de libre disposición, 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.»

En consecuencia, y como resulta con claridad del precepto transcrito, la mera existencia de pérdidas o su compensación con cargo al beneficio no excluye la existencia de dividendo repartible. La sociedad recurrente se limita a afirmar que de la existencia de pérdidas acumuladas y de su compensación se deriva la inexistencia de beneficio repartible pero no justifica en absoluto dicha afirmación. Como resulta de la resolución impugnada, el patrimonio neto de la sociedad es superior a la cifra de capital social aún después de la compensación de las pérdidas expresadas debido al amplio volumen de reservas.

Es doctrina reiteradísima de esta Dirección General (en sede de recursos contra resoluciones de los registradores sobre procedencia de la designación de auditores por aplicación del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, *vide* por todas resoluciones de 17 de abril, 7 de mayo, 8 de septiembre y 28 de octubre de 2015, 16 de junio de 2016 y 2 de febrero de 2017), que cuando la sociedad niegue la concurrencia de los requisitos legales en que el interesado funda su pretensión debe acreditarlo debidamente a fin de no romper el principio de igualdad entre las partes del procedimiento. Consecuentemente, la mera afirmación de parte de que no concurren los requisitos legales o la negativa de la prueba aportada por el solicitante no bastan por si solos para desestimar su solicitud.

7. Por último, la sociedad alega que no acepta el informe sobre beneficios y valoración aportado por la parte, pero ni dicha alegación ni la contraria son relevantes a los efectos de la presente, lo que 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 artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y resoluciones de este Centro en sede de designación de auditores de 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010, entre otras).

En 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.

Determinado que el objeto del procedimiento es exclusivamente determinar si concurren o no los requisitos para que por parte del Registrador Mercantil se designe experto independiente, no puede entrar este Centro Directivo en la cuestión de si el valor propuesto por la parte solicitante es adecuado o no a las acciones que ostenta en la sociedad. Precisamente será competencia del experto independiente que se designe determinar el valor razonable de las acciones por lo que cualquier alegación al respecto debe hacerse en ejecución de los trabajos que ha de llevar a cabo.

Tampoco procede que se valore si el contenido de dicho informe es adecuado o no en relación a la determinación de beneficio repartible. Como resulta de la resolución impugnada, la Registradora Mercantil se ha limitado a determinar la procedencia del ejercicio del derecho de separación en función estrictamente del contenido de las cuentas anuales aprobadas por la junta general. Cualquier otra valoración sobre su contenido o alcance debe ser discutido, como insistentemente se ha recordado, en el procedimiento judicial que corresponda.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de la Registradora Mercantil de Cantabria, doña Emilia Tapia Izquierdo de fecha 3 de diciembre de 2018.

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

les que esta resolución 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, 17 de diciembre de 2019 (1.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.

2.2 Resoluciones de nombramiento de mediadores concursales

No hay resoluciones en este apartado.

2.3 Resoluciones de convocatoria de Junta General

Resolución de 10 de enero de 2019

En el expediente 10/2018 sobre convocatoria de Junta General a instancia de un socio de «Análisis Ingenieros, S.L.P.»

HECHOS

I

Don J. L. de B. G., presentó un escrito de fecha 3 de septiembre de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Las Palmas de Gran Canaria, en el que tuvo su entrada el día 5 inmediato posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 169 de la Ley de Sociedades de

Capital y como socio de la mercantil «Análisis Ingenieros, S.L.P.», 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 instante solicita la convocatoria de junta general al amparo del artículo 169.1 de la Ley de Sociedades de Capital por haber transcurrido el plazo legalmente establecido para la convocatoria de junta general ordinaria sin que se haya procedido a la misma.

b) Que siendo titular del 50 % del capital social el día 4 de mayo de 2018 notificó a la sociedad el ejercicio de su derecho de separación al amparo del artículo 13 de la Ley de Sociedades Profesionales. Que de los artículos 346 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital resulta que ante el ejercicio del derecho de separación la sociedad puede optar entre la compraventa de la participación del socio o su amortización con reducción de capital. Que en cualquier caso sigue siendo socio hasta que se produzca tal hecho. Que así lo entiende la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 16 de abril de 2015.

Específicamente solicita del Registrador Mercantil que lleve a cabo la convocatoria de Junta General con un orden del día que recoja el examen y aprobación, si procede, de las cuentas anuales, cuenta de pérdidas y ganancias, memoria de la gestión social del órgano de administración y de la aplicación del resultado, todo ello referido al ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2017.

Mediante escrito de fecha 11 de septiembre de 2018 con entrada en el Registro Mercantil el día inmediato posterior, el solicitante señala que fue cesado de su cargo de administrador solidario en junta universal celebrada el día 1 de junio de 2018, según resulta de copia del acta notarial de la misma que acompaña.

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 ejercitado el derecho de separación en una sociedad profesional integrada por dos socios cada uno de los cuales ostenta el 50 % del capital social, se produce la desaparición del objeto social (por imposibilidad de ejercicio en común), la desaparición de la prohibición de competencia que afectaba a los socios profesionales y la concurrencia de causa de disolución social por imposibilidad de conseguir el fin social. Que ante esta situación se convoca junta general que se celebra el día 1 de agosto de 2018 en la que compareció el instante para oponerse a su celebración y ausentarse después. Dicha junta tenía el objeto de determinar el crédito de separación y la disolución de la sociedad. 2.º Que el instante carece de legitimación al carecer de la condición de socio como resulta del artículo 13 de la Ley de Sociedades Profesionales y confirma la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 2014, 752/12. Que el derecho de separación en las sociedades profesionales tiene una regulación distinta al propio de las sociedades de capital en general pues no precisa un previo acuerdo de junta ni debe estar amparado en causa alguna lo que justifica la no aplicación del régimen de las sociedades de capital en general. Que admitir el razonamiento del solicitante llevaría a ciertas contradicciones pues tendría derecho de voto en la propia junta en la que debe decidirse su crédito de separación. Además niega validez a los acuerdos adoptados en la junta de 1 de agosto de 2018 pero se considera cesado del cargo de administrador solidario que le habilitaría para convocar la junta. Que la sociedad está disuelta y en proceso de liquidación correspondiendo a los liquidadores, que tienen derecho de audiencia, convocar cualquier junta. Que en cualquier caso los acuerdos de 1 de agosto, a pesar de existir una querella criminal interpuesta por el promotor de la solicitud, son válidos y ejecutivos sin que exista acuerdo judicial alguno de suspensión.

III

El Registrador Mercantil de Las Palmas de Gran Canaria núm. 2, don Adolfo Calandria Amigueti dictó resolución en fecha 2 de octubre de 2018 por la que acordó estimar la oposición y desestimar la solicitud del socio.

IV

Don J. L. de B. G., por escrito de fecha 31 de octubre de 2018, con sello de imposición de la misma fecha, que tuvo entrada el día en el Registro Mercantil de Las Palmas de Gran Canaria el día 2 inmediato posterior, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de solicitud, añadiendo que siendo el capital de la sociedad de 6.010 euros representado por 100 participaciones de 60,10 euros de nominal cada una de ellas, tal situación sigue incólume tras el ejercicio de su derecho de separación pues ni ha existido reducción de capital y amortización de participaciones ni ha existido compraventa por parte de la sociedad, de donde resulta la evidencia de que continua siendo titular de las mismas y socio de pleno derecho de la sociedad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; 166 y siguientes de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil así como las resoluciones citadas en el texto.

1. Un socio titular del 50 % del capital social de una sociedad de responsabilidad limitada profesional ejercita, al amparo del artículo 13 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales, el derecho de separación notificándolo a la sociedad el día 4 de mayo de 2018. Ahora, en fecha 3 de septiembre, solicita la convocatoria de junta general ordinaria. La sociedad se opone y el Registrador Mercantil estima la oposición. El interesado recurre.

2. El recurso no puede prosperar. Esta Dirección General ha tenido ocasión de pronunciarse en sede de recursos en materia de auditores sobre la posición jurídica que ostenta el socio que ejerce el derecho de separación 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 (ambas además en supuestos de ejercicio en sociedades profesionales), sin necesidad de entrar en la polémica doctrinal sobre cuál es la naturaleza y alcance de la posición jurídica del socio que ejercita su derecho de separación o de cuál es el momento exacto en que pierde tal condición, lo cierto es que de la regulación contenida en la Ley de Sociedades de Capital resulta con claridad que desde el momento en que ejerce su derecho a separarse de la sociedad la protección de su posición jurídica se agota en la resti-

tución 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.

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

Al igual que ocurre en materia de designación de auditores a instancia de la minoría, la legitimación para solicitar la convocatoria de junta general decae cuando no existe interés protegible bien porque el socio ha dejado de serlo (*vide* resoluciones de 16 de septiembre de 2009, 30 de abril de 2012 y 24 de septiembre de 2015), bien porque renuncia al derecho reconocido (resolución de 31 de enero de 2014), bien porque su posición jurídica está debidamente protegida en un momento en el que su interés se agota en la liquidación económica de su participación en la sociedad (*vide* art. 363 del Registro Mercantil y resolución de 4 de febrero de 2013).

3. 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.

El recurrente trata de posponer 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.

Como resulta de modo patente del artículo 13.1 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales: «Los socios profesionales podrán separarse de la sociedad constituida por tiempo indefinido en cualquier momento. El ejercicio del derecho de separación habrá de ejercitarse de conformidad con las exigencias de la buena fe, siendo eficaz desde el momento en que se notifique a la sociedad.»

No puede confundirse, como pretende el escrito de recurso, 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 en sede de sociedades profesionales, 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.

4. 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 pleitean 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 que trae a colación el propio solicitante el ejercicio del derecho de separación deriva en aquél 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, pero no se difumina, ni deja de existir. 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.»

Nada de esto se produce en el supuesto de hecho que da lugar a la presente en el que la existencia del derecho de separación y de su ejercicio es indiscutido por la sociedad. No existe por tanto motivo alguno para apreciar la existencia del derecho de separación, de su notificación a la sociedad y de los efectos que de ello se derivan en los términos que han quedado expuestos en las consideraciones anteriores.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Las Palmas de Gran Canaria núm. 2, don Adolfo Calandria Amigueti de fecha 2 de octubre de 2018.

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

Madrid, 10 de enero de 2019.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Las Palmas.

Resolución de 21 de febrero de 2019

En el expediente 11/2018 sobre convocatoria de Junta General a instancia de un socio de «Servicios Integrales de Fincas de Andalucía, S.L.»

HECHOS

I

Don M. M. M. presentó un escrito de fecha 31 de agosto de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Sevilla, en el que tuvo su entrada el día 4 inmediato posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio de la mercantil «Servicios Integrales de Fincas de Andalucía, S.L.», la convocatoria de Junta General de la sociedad por darse los presupuestos establecidos en dicho precepto.

Del escrito de solicitud y de la documentación que le acompaña resulta:

a) Que la sociedad a fecha de la solicitud no había celebrado su junta general ordinaria.

b) Que el solicitante requirió notarialmente a la sociedad en fecha 11 de junio de 2018 a fin de que por el órgano de administración se llevase a cabo la convocatoria, requerimiento que no fue atendido.

Específicamente solicita del registrador mercantil:

a) Que lleve a cabo la convocatoria de Junta General con el orden del día siguiente: 1.º Examen y aprobación, en su caso, de las cuentas anuales y la propuesta de aplicación del resultado del ejercicio 2017. Aprobación, en su caso, de la gestión del órgano de administración. 3.º Ruegos y preguntas. 4.º Redacción, lectura y, en su caso, aprobación del acta.

b) Que se designe lugar, día y hora de celebración en primer y, en su caso segunda convocatoria, designando como presidente a quien considere oportuno el registrador y que se lleve a cabo la publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, así como que se lleve a cabo una notificación mediante comunicación individual al otro socio de la sociedad.

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: Que el solicitante carece de legitimación por no ostentar en la actualidad la cualidad de socio al haber ejercitado su derecho de separación en fecha 20 de julio de 2017. Que así se lo hizo saber la sociedad por conducto notarial el día 19 de junio de 2018. Que, realizada la valoración de las participaciones sociales del socio, la sociedad ha depositado un cheque a su nombre por el valor así establecido en entidad de crédito. Que la junta general ordinaria de la sociedad se celebró el día 30 de junio de 2018 con carácter de universal encontrándose las cuentas anuales en trámite de depósito en el Registro Mercantil de Sevilla.

III

El Registrador Mercantil de Sevilla núm. 3, don Juan Ignacio Madrid Alonso dictó resolución en fecha 9 de noviembre de 2018 por la que acordó estimar la oposición y desestimar la solicitud del socio al haber perdido su condición de tal como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación habiendo sido consignado el importe de sus participaciones en entidad de crédito.

IV

Don D. R. C., actuando en representación de don M. M. M., por escrito de fecha 5 de diciembre de 2018, que tuvo entrada el día 7 inmediato posterior en el Registro Mercantil de Sevilla, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes, resumidamente, argumentos: «1.º Que su representado ha intentado sin éxito obtener información de la sociedad en patente violación de sus derechos como socio que hasta que se lleve a cabo la completa formalización de la separación no pierde tal condición. Que de los artículos 168, 169 y 175 de la Ley de Sociedades de Capital resulta su legitimación.»

El Registro Mercantil de Sevilla pone en conocimiento de esta Dirección General que en fecha 18 de enero de 2019 se procedió a la inscripción de la separación del socio y a la

consecuente reducción de capital, en virtud de la escritura autorizada en fecha 20 de noviembre de 2018 por el notario de Barcelona don Miquel Tarragona Coromina.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; 166 y siguientes de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. Ejercido el derecho de separación por un socio de sociedad de responsabilidad limitada y resultando del expediente que la sociedad ha depositado un cheque a su nombre en una entidad bancaria por el importe de su valor, solicita del Registrador Mercantil la convocatoria de junta ordinaria de la sociedad al amparo del artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital. El registrador desestima la solicitud por considerar que carece de legitimación. El interesado recurre.

2. El recurso no puede prosperar. Esta Dirección General ha tenido ocasión de pronunciarse en sede de recursos en materia de auditores sobre la posición jurídica que ostenta el socio que ejerce el derecho de separación 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, sin necesidad de entrar en la polémica doctrinal sobre cuál es la naturaleza y alcance de la posición jurídica del socio que ejercita su derecho de separación o de cuál es el momento exacto en que pierde tal condición, lo cierto es que de la regulación contenida en la Ley de Sociedades de Capital resulta con claridad que desde el momento en que ejerce su derecho a separarse de la sociedad la protección de su posición jurídica se agota en la restitución del valor razonable de su participación en la sociedad (*vide* resolución de 4 de febrero de 2013). Así resulta indubitadamente de la previsión del artículo 348 y 348 bis en relación con 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.

Así ocurre en supuestos similares como la reducción del capital por restitución de aportaciones en cuyo supuesto el ordenamiento garantiza la posición jurídica del socio tanto por la exigencia de su consentimiento cuando la restitución no afecta por igual a todos los socios (art. 329 de la Ley de Sociedades de Capital), como por la exigencia de que se lleve a cabo la devolución de lo en su día aportado (art. 330 de la Ley en relación al art. 201.3 del Reglamento del Registro Mercantil). De modo similar la reducción de capital por

adquisición de participaciones o acciones agota la protección del socio en la prestación de su consentimiento y en el pago de la cantidad pactada (*vide* art. 338 y siguiente de la Ley de Sociedades de Capital).

Al igual que ocurre en materia de designación de auditores a instancia de la minoría, la legitimación para solicitar la convocatoria de junta general decae cuando no existe interés protegible bien porque el socio ha dejado de serlo (*vide* resoluciones de 16 de septiembre de 2009, 30 de abril de 2012 y 24 de septiembre de 2015), bien porque renuncia al derecho reconocido (resolución de 31 de enero de 2014), bien, como ahora, 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).

3. 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 puede confundirse 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 recepticia 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.

4. 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

pleitean 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. 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.»

Además, existen otros pronunciamientos en el sentido que defiende la doctrina de esta Dirección. Como afirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Coruña (Sección 4.ª), 12/2018 de 15 enero, en referencia a la posición jurídica del socio separado: «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.» Y continúa: «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…»

Procede en consecuencia la desestimación del recurso.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Sevilla núm. 3, don Juan Ignacio Madrid Alonso de fecha 9 de noviembre de 2018.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V.S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa conforme al artículo 114.1. a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento

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

Madrid, 21 de febrero de 2019.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Sevilla.

Resolución de 4 de abril de 2019

En el expediente 1/2019 sobre convocatoria de Junta General a instancia de un socio de la mercantil «Balneario San Andrés, S.L.».

HECHOS

I

Doña …… presentó escrito de fecha 30 de noviembre de 2018 dirigido al Registro Mercantil de Jaén, en el que tuvo su entrada el mismo día 30 de noviembre citado, en el que solicitó, al amparo del artículo 169.2 de la Ley de Sociedades de Capital y como socia de la mercantil «Balneario San Andrés, S.L.»en concreto, manifestando ser titular del 33 % del capital social, la convocatoria de junta general de la sociedad por darse los presupuestos establecidos en dicho precepto.

II

Del escrito de solicitud resulta:

a) Que la hoy recurrente representa el 33 % del capital social de la sociedad «Balneario San Andrés, S.L.» adquiridas por título de herencia con fecha uno de septiembre de 2017.

b) Que, por acta autorizada por el notario de Baeza, Manuel Mañas Navarro el 6 de noviembre de 2018, protocolo 702, requirió al administrador único de la sociedad la convocatoria de junta general, incluyendo en dicha solicitud los puntos del día que estimó pertinentes.

c) Específicamente solicita del registrador mercantil, que no habiendo sido atendida dicha solicitud por parte del administrador en el plazo de un mes tal y como indica el artículo 17 de los estatutos de la sociedad, lleve a cabo la convocatoria de junta general conforme al artículo 169.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

III

El 19 de diciembre de 2018 se recibe en el registro mercantil por medio de burofax expedido el día anterior por la sociedad «Balneario San Andrés, S.L.» conteniendo la con-

vocatoria de la Junta general, a celebrar el nueve de Enero de dos mil diecinueve, a las 17:00 horas, en el domicilio social, con el orden del día que resulta del mismo y que obra en el expediente, así como escrito suscrito por el administrador único de dicha sociedad, don ……, haciendo constar que se ha solicitado la presencia de notario en la junta general, a fin de que levante el correspondiente acta.

IV

La Registradora Mercantil de Jaén, doña María Belén López Espada dictó resolución de fecha 21 de febrero de 2018 por la que acordó desestimar la solicitud de convocatoria de junta general planteada por el único motivo de resultar acreditado no haberse respetado el plazo legal de los dos meses previsto en el artículo 168 de la Ley de Sociedades de Capital para que el administrador de la sociedad realice la convocatoria de la junta general.

V

Doña …… por escrito de fecha dos de enero de dos mil diecinueve que tuvo entrada en el registro mercantil de Jaén el mismo día dos de enero, interpuso recurso ante esta Dirección General contra la citada resolución de fecha 21 de febrero de 2018, en base al siguiente argumento esencial de que en la resolución desestimatoria se alega que la recurrente no respetó el plazo de dos meses, pero indica la citada señora que según el artículo 17 de los estatutos sociales el plazo es de un mes, y que la comunicación de junta general a socios tiene que realizarse con al menos quince días de antelación. Así, sigue argumentando la recurrente, la recepción notarial de junta por el administrador fue el 8/11, el plazo de un mes para su celebración concluía el 8/12, y como la notificación a socios es de 15 días, no habiendo recibido nada el 23/11 ya era imposible que se celebrara en plazo, aun así, esperó hasta el 30/11, y viendo que no recibía respuesta optó por solicitarlo al registro mercantil.

VI

La Registradora Mercantil de Jaén, doña María Belén López Espada, emite informe con fecha 8 de enero de 2019, formando el expediente correspondiente y elevando el mismo a este Centro Directivo, en el que tuvo su entrada con fecha 9 de enero de 2019.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 68, 78, 79, 84, 107, 113 y 114 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 166 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. En primer lugar, y como ha afirmado este Centro Directo en sus resoluciones de 7 y 9 de marzo de 2016, el objeto de este expediente no reside en resolver las cuestiones que las partes involucradas hayan podido poner de manifiesto en los distintos escritos que se han presentado.

Conviene por tanto aclarar desde el primer momento que el objeto de este expediente tiene el limitado alcance definido por el artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital: determinar si concurren o no los requisitos para la convocatoria de Junta General de sociedad de capital por el registrador mercantil. La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la Constitución Española en relación a los arts. 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. 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. Las mismas resoluciones a que se ha hecho referencia en el apartado anterior ponen de manifiesto como la atribución competencial a los registradores mercantiles llevada a cabo por la reforma que de la Ley de Sociedades de Capital ha llevado a cabo la disposición final decimocuarta de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, no debe confundirse con la de calificación que le atribuye el artículo 18 del Código de Comercio, que constituye el núcleo de su función y que se rige por las reglas generales contenidas en el propio Código y en sus normas de desarrollo. La competencia de tramitar el expediente de convocatoria de Junta General de una sociedad de capital debe encuadrarse entre aquellas a las que se refiere el artículo 16.2 del Código de Comercio y que vienen desarrolladas en el Título Tercero del Reglamento del Registro Mercantil que expresivamente se denomina «De otras funciones del Registro Mercantil».

Esta Dirección General ha afirmado en múltiples ocasiones en sede de recursos en materia de nombramiento de auditores a instancia de la minoría *(vid.* Resoluciones de 26 de junio y 28 de julio de 2014, por todas), así como en materia de generación o renovación del código identificador de persona jurídica (*vide* resolución de 16 de julio de 2015), que determinadas funciones encomendadas legalmente al registrador se encuadran en esas «otras funciones del Registro», a que se refiere el artículo 16.2 del Código de Comercio,

funciones que son distintas de las relativas a la inscripción de los empresarios y sus actos (art. 16.1 del Código de Comercio). A diferencia de ésta, presidida por la función calificadora como control de legalidad que en aras del interés público a que responde la publicidad registral es llevado a cabo por el Registrador Mercantil de forma unilateral y objetiva, en los expedientes sobre nombramiento de auditores existe un foro de contraposición de intereses que ha de resolver el registrador como órgano de la Administración (Resolución de 15 de julio de 2005). De este modo, la decisión del Registrador Mercantil declarando la procedencia o no de la convocatoria de Junta General no tiene el carácter de calificación registral, sino que es un acuerdo adoptado por quien en este procedimiento regulado en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil es la autoridad pública competente para resolver la solicitud (Resoluciones de 13 de enero de 2011 y 10 de julio de 2013, entre otras). De aquí se derivan importantes consecuencias como son el escaso rigorismo formal del procedimiento (por todas, Resolución de 21 de julio de 2010), la existencia de un sistema de recursos distinto del previsto para la calificación registral, y la aplicación subsidiaria de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en lo no previsto por una norma específica.

La misma doctrina es aplicable al expediente registral a través del que se da respuesta a la solicitud prevista en el artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital. En definitiva, que como ocurre con la competencia de nombramiento de expertos independientes y auditores o la de gestionar el denominado código identificador de entidades jurídicas, la de convocar juntas generales no es propiamente una función de calificación.

3. Finalmente, las resoluciones de continua referencia pusieron de manifiesto como la ausencia de un procedimiento registral específico para que el Registrador Mercantil lleve a cabo el ejercicio de su competencia, a la espera de una futura reforma del Reglamento del Registro Mercantil, mereció la atención de esta Dirección General de los Registros y del Notariado que en su resolución de contestación de consulta de 20 de noviembre de 2015, puso de manifiesto como en relación al procedimiento que debe seguirse para tramitar expedientes desjudicializados de Jurisdicción Voluntaria por el Registrador Mercantil suele existir en la Ley, en los distintos expedientes, una remisión expresa a lo previsto para ello en el Reglamento del Registro Mercantil. Así, en el artículo 40 del Código de Comercio; artículos 139 y 140 de la Ley de Sociedades de Capital; artículo 266.2 de la Ley de Sociedades de Capital; artículo 377 de la Ley de Sociedades de Capital; artículo 381.2 y artículo 422 de la Ley de Sociedades de Capital. Falta sin embargo remisión expresa al Reglamento del Registro Mercantil en los supuestos de convocatoria de junta por el registrador (cfr. arts. 169 y 170 de la Ley de Sociedades de Capital) o en la separación y sustitución de liquidadores (arts. 380 y 389 de la Ley de Sociedades de Capital). En estos casos de ausencia de una remisión expresa al Reglamento del Registro Mercantil es preciso entender que se aplicará el pro-

cedimiento que allí estuviere contemplado. De hecho, en materia de convocatoria registral de junta, nada se dice sobre las normas a las que se ajustará el procedimiento y, sin embargo, en sede de convocatoria de asamblea el artículo 422.3 de la Ley de Sociedades de Capital sí se contiene una expresa remisión al Reglamento del Registro Mercantil.

Por tanto, 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 debiéndose permitir al empresario o sociedad formular oposición, lo establecido en cuanto a auditores en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

A diferencia del procedimiento previsto en materia de nombramiento de expertos independientes por el Registrador Mercantil (en que solo se contempla la posibilidad de formular oposición en el caso de la recusación del nombrado), en el de nombramiento de auditores siempre ha existido un trámite por escrito de audiencia que permite ventilar la contradicción dentro del procedimiento. Se trata de una controversia que carece de relevancia contenciosa en los términos del artículo 1.2 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria y que, a diferencia de lo previsto en la vieja Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, no obliga a acudir a la jurisdicción contenciosa *(vid.* art. 17.3 2.º de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa).

Consecuentemente se aplicarán, en primer lugar, las reglas particulares del procedimiento previsto en materia de auditores (que contiene un mecanismo procedimental para solventar la audiencia de la sociedad) contenidas en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil. En lo no previsto, cabe la aplicación supletoria de primer grado de lo establecido en el propio Reglamento del Registro Mercantil en materia de nombramiento de expertos independientes *(vid.* art. 364 del Reglamento del Registro Mercantil). Hay una aplicación supletoria de segundo grado de lo establecido en el procedimiento registral común e hipotecario *(vid.* art. 80 del Reglamento del Registro Mercantil sobre remisión al Reglamento Hipotecario) y, en fin, en lo no previsto aún, cabe entender con la doctrina Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de expedientes de expertos y auditores, que existe una supletoriedad de tercer grado de la legislación acerca del procedimiento administrativo común.

4. Establecido el objeto, la naturaleza de este expediente y el marco normativo aplicable, resta por analizar los requisitos que la Ley de Sociedades de Capital exige para que el Registrador Mercantil pueda llevar a cabo la convocatoria de junta general. Así, y a la luz de las consideraciones anteriores el recurso no puede prosperar.

De acuerdo con el artículo 169.1 de la Ley de Sociedades de Capital dos son los requisitos que deben ponerse de manifiesto en el expediente registral: que la convocatoria sea solicitada por un socio de la sociedad y que el registrador de audiencia al órgano de administración. Aún quedaría un presupuesto adicional y es que la junta general no haya sido debidamente convocada en el plazo legal o estatutariamente previsto, circunstancia que no siempre resultará del registro y que, en su caso, podrá ser puesta de manifiesto a lo largo de la tramitación del expediente.

En el supuesto del número dos del precepto es igualmente requisito adicional que el órgano de administración no haya atendido la solicitud de convocatoria de la junta general efectuada por la minoría, circunstancia que deberá resultar del expediente.

En relación al requisito de la audiencia al órgano de administración y como ha puesto de relieve la Resolución de consulta de 20 de noviembre de 2015, se trata de un requisito indispensable que el Registrador Mercantil debe llevar a cabo aun cuando el órgano de administración de la sociedad se encuentre caducado en base a la doctrina jurisprudencial del administrador de hecho y de la persistencia de su obligación de velar por el interés social; requisito que resulta cumplido, según obra en el expediente.

Por lo que se refiere a la legitimación activa para iniciar el procedimiento, el artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital la reconoce a cualquier persona física o jurídica que ostente la cualidad de socio. Como resulta de la consolidada doctrina de esta Dirección General en materia de nombramiento de auditor a instancia de socio minoritario (art. 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital), la ausencia de rigor formal en la tramitación del expediente permite a quien reclama tal condición ponerla de manifiesto por cualquier medio de prueba y a la sociedad, en su caso, refutarla. La cuestión ha sido reiteradamente abordada por este Centro Directivo que ha entendido suficiente, a los efectos de justificar la condición de socio, la aportación de un principio de prueba por escrito, pues se estima que el Reglamento del Registro Mercantil –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 el solicitante no reúne tal condición, pretendiendo con ello no introducir un desequilibrio en el principio de igualdad jurídica de las partes intervinientes que evidentemente la Ley no pretende *(vid.* Resoluciones de 11 de marzo, 30 de julio, 12 de septiembre de 2014 y 11 de marzo de 2015 entre otras muchas, así como el apartado sexto de la Resolución de consulta de 20 de noviembre de 2015). En el caso objeto de recurso, esta legitimación activa no ha sido discutida por la mercantil.

En cuanto a la cuestión del plazo, que es el objeto de recurso, hay que tener en cuenta que conforme a lo dispuesto en este punto por el artículo 168 de la Ley de Sociedades de Capital, 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. Siendo este el plazo legal a tener en cuenta en este caso y no, como pretende la recurrente, el plazo estatutario de un mes. El propio precepto utiliza la expresión «en este caso», esto es, en el supuesto de instancia o solicitud de convocatoria por la minoría el plazo a tener en cuenta es el plazo legal de los dos meses a contar del requerimiento notarial el que ha de ser tenido en cuenta y no el plazo estatutario que se haya podido establecer. A continuación, el artículo 169 se refiere igualmente a plazo legal o estatuario para fijar la competencia al disponer que en caso de que no fueran convocadas dentro del correspondiente plazo legal o estatutariamente establecido, podrá serlo, a solicitud de cualquier socio, previa audiencia de los administradores, por el Secretario judicial o Registrador Mercantil del domicilio social; añadiendo en su punto dos el requisito de la audiencia previa de los administradores y al que ya se ha hecho referencia más arriba.

Resultando del expediente que el requerimiento llega a noticia del requerido el 8 de noviembre de 2018 y que la solicitud de convocatoria tiene su entrada en el registro mercantil el 30 de noviembre del mismo año, es evidente que no ha tenido lugar el transcurso de los dos meses legalmente exigibles conforme a lo ya expresado y del que los administradores disponen para llevar a cabo la convocatoria instada por la socia; convocatoria de junta que, por otra parte, tuvo lugar en los términos que resultan del antecedente III.

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 21 de febrero de 2018 por la que acordó desestimar la solicitud de convocatoria de junta general.

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

Madrid, 4 de abril de 2019.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador de Jaén.

Resolución de 10 de mayo de 2019

En el expediente 2/2019 sobre convocatoria de Junta General a instancia de una socia de «Serralleria Claus I Panys, S.L.».

HECHOS

I

Doña M. G. B. presentó un escrito de fecha 13 de agosto de 2018, dirigido al Registro Mercantil de Barcelona en el que solicitó, al amparo del artículo 169.1 de la Ley de Sociedades de Capital y como socia de la mercantil «Serralleria Claus I Panys, 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 resultan las siguientes afirmaciones de la solicitante:

a) Que en el año 2015 fue expulsada físicamente de la sociedad y desde entonces no ha tenido acceso a la sede social ni a información de ningún tipo ni ha sido objeto de convocatoria a junta general alguna. Que ha dirigido diversos escritos a la administración social poniendo de manifiesto su falta de aprobación de la gestión social y de las cuentas anuales. Que la afirmación de que la aprobación de las cuentas anuales correspondientes a 2015 y 2016 se ha hecho en junta universal es falsa.

b) Que no habiendo sido objeto de convocatoria la junta general para la aprobación de las cuentas correspondientes a 2017 solicita su convocatoria con el orden del día propio de las juntas ordinarias.

Advertidas determinadas deficiencias formales por el Registrador Mercantil y notificada la interesada de conformidad con la previsión del artículo 73 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común, la interesada aportó escrito subsanatorio de fecha 12 de septiembre de 2018.

Nuevamente notificada de la existencia de determinadas deficiencias, la solicitante contestó mediante nuevo escrito de fecha 23 de noviembre de 2018.

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: Que el administrador de la sociedad ha convocado la junta en fecha 28 de noviembre de 2018 para ser celebrada el día 19 de diciembre inmediato posterior, según resulta de acta notarial. Que la convocatoria es anterior a la recepción de la comunicación del Registro Mercantil de Barcelona. Que estando convocada la junta general resulta insólito que se pretenda otra convocatoria. Que los enfrentamientos entre la solicitante y el administrador de la sociedad han sido constantes existiendo distintos procedimientos instados por aquella que han sido sobreseídos. Que las juntas generales han venido siendo objeto de convocatoria y desarrollo con total normalidad.

Solicitada por parte del Registro Mercantil de Barcelona la aportación de copia del acta notarial a que se refiere el párrafo anterior, fue objeto de aportación al expediente el día 16 de enero de 2019. De copia del acta autorizada por el notario de Barcelona don …… en

fecha 19 de diciembre de 2018 resulta que el administrador de la sociedad «Serralleria Claus I Panys, S.L.» convoca junta general en cuyo orden del día se contempla, entre otros asuntos, la aprobación de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2017. De la diligencia notarial que consta a continuación resulta la celebración de la junta general de la sociedad.

III

El Registrador Mercantil de Barcelona núm. 9, don Nicolás Nogales Colmenarejo dictó resolución en fecha 23 de enero de 2019 por la que acordó estimar la oposición y desestimar la solicitud del socio.

IV

Doña M. G. B., por escrito que tuvo entrada el día 19 de febrero en el Registro Mercantil de Barcelona, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: «Que el registrador ha sido objeto de engaño y manipulación. Que a pesar de que cada año se ha requerido a la sociedad para la celebración de la junta general esta ha ignorado reiteradamente las peticiones y ha aprobado las cuentas anuales a pesar del rechazo del resto de socios. Que la solicitud de junta se realizó en agosto de 2018, cuando ya debería estar realizada, y la junta general se convocó en noviembre del mismo año lo que por sí solo es indiciario de mala fe. Que el abogado de la sociedad vilipendia las actuaciones del resto de socios existiendo delitos de varios órdenes que han sido objeto de denuncia. Que los procedimientos sobreseídos han sido reabiertos tras la aportación de la oportuna prueba. Que la parte ha remitido al Registro Mercantil documentación que acredita que no aprobó las cuentas de ejercicios anteriores. Que la junta realizada y que se ha puesto de manifiesto al registrador es fraudulenta y la convocatoria se debe haber realizado a un domicilio distinto al actual que la sociedad conoce perfectamente.»

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; 166 y siguientes de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. Los términos en que se pronuncian los escritos de solicitud y de recurso obligan a esta Dirección General a llevar a cabo un pronunciamiento previo sobre lo que constituye el objeto del procedimiento de convocatoria de junta general de sociedad de capital.

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 expe-

diente no reside en resolver las numerosas cuestiones que las partes involucradas han puesto de manifiesto en los distintos escritos que se han presentado y a que se hace referencia en los hechos. Esta puntualización resulta de especial importancia en un supuesto como el planteado en el expediente en que la existencia de un conflicto social entre la socia que realiza la solicitud y el administrador social 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 arts. 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

Consecuentemente, no se llevará a cabo ningún pronunciamiento en relación a las cuestiones planteadas por las partes en este expediente y que son ajenas a su naturaleza y objeto, como son las siguientes: La validez de los acuerdos de aprobación de cuentas anuales en ejercicios anteriores, la validez de la representación que se pueda haber ejercido en las respectivas juntas generales o la valoración de la conducta de las partes involucradas y las consecuencias jurídicas que de ello puedan derivarse,. Ninguna de dichas cuestiones o de otras similares puede ser analizada en este expediente que tiene el limitado alcance expuesto, sin perjuicio de que la parte que considere que se ha producido conculcación o fraude de Ley, abuso de Derecho o que de cualquier modo considere que su situación jurídica no es debidamente respetada tiene abierta la vía jurisdiccional para que en un procedimiento plenario, con audiencia de las personas interesadas y con plenitud de medios de prueba alegue lo que estime oportuno en su defensa, sin perjuicio de cualquier otra acción que pudiera corresponderle. Lo que no puede pretender es que esta Dirección General asuma la defensa de su posición jurídica en un procedimiento, como el presente, limitado tanto por su materia como por sus medios de conocimiento.

2. Delimitado así debidamente lo que constituye el objeto de la presente resulta con total claridad que el recurso no puede prosperar.

Dice así el artículo 169.1 de la Ley de Sociedades de Capital: Si la junta general ordinaria o las juntas generales previstas en los estatutos, no fueran convocadas dentro del correspondiente plazo legal o estatutariamente establecido, podrá serlo, a solicitud de cualquier socio, previa audiencia de los administradores, por el Secretario judicial o Registrador Mercantil del domicilio social.

De acuerdo con el precepto transcrito, tres son los requisitos que deben ponerse de manifiesto en el expediente registral: que la convocatoria sea solicitada por un socio de la sociedad, que el registrador de audiencia al órgano de

administración y que la Junta General ordinaria o estatutaria no haya sido debidamente convocada en el plazo legal o estatutariamente previsto (*vide* resoluciones de 1 de abril y de 26 de mayo de 2016).

Dejando de lado los dos primeros que no han generado cuestión alguna y centrándonos en el último de los requisitos expuestos, el presupuesto de aplicación del artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital es la falta de convocatoria de la junta general ordinaria en el plazo legalmente establecido, no la aprobación de las cuentas anuales. Es el incumplimiento por parte del órgano de administración de la obligación a que se refiere el artículo 164 de la Ley de Sociedades de Capital lo que legitima a cualquier socio a instar la convocatoria por parte del registrador Mercantil. Cumplida la obligación, aun cuando las cuentas anuales no hayan sido objeto de aprobación, no existe legitimación para instar la convocatoria de junta general para la aprobación de las cuentas anuales y demás propuestas a que se refieren los artículos 160 y 164 de la Ley.

En definitiva, resultando del expediente que la sociedad celebró junta ordinaria aún transcurrido el plazo previsto en el artículo 164 de la Ley de Sociedades de Capital, y que en su seno se llevó a cabo la aprobación de las cuentas anuales del ejercicio a que se refería la solicitud, resulta patente la inviabilidad de convocatoria por parte del registrador de una nueva junta general sin perjuicio del derecho del solicitante a ejercitar las acciones judiciales que estime oportunas en defensa de su posición jurídica.

Teniendo la junta general ordinaria como contenido típico aprobar la gestión social, las cuentas del ejercicio anterior y resolver sobre la aplicación del resultado y siendo válida, aunque se celebre fuera de plazo, resulta con claridad que el interés jurídico que pretende proteger el artículo 169.1 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.

3. Las afirmaciones contenidas en el escrito de recurso no pueden enervar las conclusiones anteriores pues no es competencia del Registrador Mercantil ni de esta Dirección en alzada resolver cuestiones que están reservadas a los Tribunales de Justicia. Si la interesada entiende que la celebración de la junta ha sido fraudulenta, si considera que ha existido mala fe o que la convocatoria está viciada de nulidad, tiene a su disposición las acciones previstas en el ordenamiento jurídico para que quien tiene competencia para su conocimiento decida lo que en derecho corresponda.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Barcelona núm. 9, don Nicolás Nogales Colmenarejo de fecha 23 de enero 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, que pone fin a la vía administrativa conforme al artículo 114.1. a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, podrá ser impugnada ante los juzgados y tribunales competentes del orden jurisdiccional civil.

Madrid, 10 de mayo de 2019.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de Barcelona.

Resolución de 26 de junio de 2019 (1.ª)

En el expediente 4/2019 sobre convocatoria de Junta General a instancia de socios de «Alimentación y Hostelería Madrileña, S.A.».

HECHOS

I

Don D. G. L. y doña N. L. G. presentaron un escrito de fecha 22 de febrero de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que solicitaron al amparo del artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio de la mercantil «Alimentación y Hostelería Madrileña, S.A.», la convocatoria de Junta General ordinaria de la sociedad en relación al ejercicio 2017 por darse los presupuestos establecidos en dicho precepto.

Del escrito de solicitud y de la documentación que le acompaña resulta:

a) Que los instantes de este procedimiento solicitaron mediante burofax de fecha 2 de octubre de 2018 a la administradora de la sociedad la convocatoria de junta general ordinaria.

b) Que habiendo transcurrido el plazo para la convocatoria procede la solicitud al Registrador Mercantil para que así se haga en el local que el designe o en determinado lugar que se especifica proponiéndose respectivamente como presidente y secretario de la junta a celebrar.

Específicamente solicitan del Registrador Mercantil que lleve a cabo la convocatoria de Junta General con el orden del día correspondiente a la ordinaria.

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 notificación de los socios se realizó en septiembre habiendo transcurrido el plazo para la convocatoria

de junta general ordinaria. Que se les contestó que en los seis primeros meses del ejercicio 2019 se convocaría junta para la aprobación de las cuentas de 2017 y 2018. 2.º Que de forma artera y junto a las cuestiones propias de la junta general ordinaria habían introducido un punto del orden del día relativo a: Supervisión del grado de cumplimiento de las obligaciones fiscales de facturación y contables de la sociedad, atendiendo a la normativa vigente. Que en la solicitud se pide la celebración de junta en determinados lugares cuando son los estatutos sociales los que prevén la celebración en el domicilio social. Que lo mismo ocurre con la solicitud sobre la presidencia y secretaria de la junta que corresponde a la administradora única de la sociedad. Que la convocatoria por el Registro Mercantil tiene carácter excepcional y no procede cuando no existe inactividad del órgano de administración como ocurre en el supuesto al haberse solicitado transcurrido el plazo legal. No puede autorizarse a que se celebre en distinto lugar que el fijado estatutariamente ni que el orden del día comprenda el especificado anteriormente que es ajeno a las facultades de la junta general como no procede que los solicitantes actúen como presidente y secretario por corresponder a la administradora única la presidencia de la junta.

III

El Registrador Mercantil de Madrid núm. 8, don Luis María Stampa y Piñeiro dictó resolución en fecha 14 de marzo de 2019 por la que acordó estimar la oposición y desestimar la solicitud de los socios por entender que será en la junta general que se convoque en el año 2019 cuando deberán incluirse las cuestiones planteadas por los socios.

IV

Don F. C. B, actuando en representación de los solicitantes, por escrito de fecha 4 de abril de 2019, que tuvo entrada el día siguiente en el Registro Mercantil de Madrid, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución en base a, resumidamente, los siguientes argumentos: «Que resulta indubitado que los socios solicitaron en octubre de 2018 la convocatoria de la junta general ordinaria por haber transcurrido el plazo legal para hacerlo. Que la afirmación de que se hará en el año 2019 una convocatoria no es más que una maniobra dilatoria. Que ni las cuentas del ejercicio 2017 ni las del ejercicio 2018 han sido presentadas a los socios. Que en cuanto al lugar de celebración y la propuesta de presidente y secretario de la junta se reitera en la solicitud.»

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; 166 y siguientes de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil; 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 y 7 y 9 de febrero y 24 de septiembre de 2018.

1. Se solicita por dos socios de una sociedad de responsabilidad limitada la convocatoria de la junta general ordinaria para el ejercicio 2017. La sociedad se opone a la convocatoria en los términos que resultan de los hechos y el Registrador Mercantil desestima la solicitud, en esencia, porque considera que será en la junta que se convoque en el año 2019 cuando deban decidirse las cuestiones planteadas por los socios.

2. Procede la estimación del recurso en los términos que resultan a continuación.

Con carácter previo es preciso recordar que 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 todas las cuestiones que las partes involucradas han puesto de manifiesto de modo reiterado en los distintos escritos que se han presentado y a que se hace referencia en los hechos. Esta puntualización resulta de especial importancia en un supuesto como el planteado en el expediente en que la existencia de un conflicto social entre los socios que realizan la solicitud y la administradora única resulta evidente.

El objeto de este expediente tiene el limitado alcance definido por el artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital: determinar si concurren o no los requisitos para la convocatoria de Junta General de sociedad de capital por el registrador mercantil. La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la Constitución Española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

Consecuentemente, no se llevará a cabo ningún pronunciamiento en relación a las cuestiones planteadas por las partes en este expediente y que son ajenas a su naturaleza y objeto, como son las relativas a la buena o mala fe de las partes o, en general, la valoración de su conducta, la existencia de maniobras para evitar el cumplimiento de las obligaciones inherentes al cargo de administrador o la valoración de si los puntos del orden del día pueden dar lugar a acuerdos inscribibles o no. Ninguna de dichas cuestiones o de otras similares puede ser analizada en este expediente que tiene el limitado alcance expuesto, sin perjuicio de que la parte que considere que se ha producido conculcación o fraude de Ley, abuso de Derecho o que de cualquier modo considere que su situación jurídica no es debidamente respetada tiene abierta la vía jurisdiccional para que en un procedimiento plenario, con audiencia de las

personas interesadas y con plenitud de medios de prueba alegue lo que estime oportuno en su defensa, sin perjuicio de cualquier otra acción que pudiera corresponderle.

3. Entrando en el fondo del asunto, solicitada por dos socios de sociedad de responsabilidad limitada la convocatoria de junta general al órgano de administración con el orden del día que resulta de los hechos, se procede a solicitar convocatoria del Registrador Mercantil al amparo de la previsión del artículo 169 del mismo cuerpo legal.

Como resulta de los hechos la solicitud se ampara en dos causas de pedir distintas: por un lado, se solicita la convocatoria de junta general ordinaria para la aprobación de las cuentas correspondientes al ejercicio 2017 y, por otro lado, se solicita convocatoria de junta al efecto de que se debata sobre la supervisión del grado de cumplimiento de las obligaciones fiscales de facturación y contables de la sociedad, atendiendo a la normativa vigente.

La primera causa de pedir tiene su amparo en el artículo 169.1 de la Ley de Sociedades de Capital que dice así: «1. Si la junta general ordinaria o las juntas generales previstas en los estatutos, no fueran convocadas dentro del correspondiente plazo legal o estatutariamente establecido, podrá serlo, a solicitud de cualquier socio, previa audiencia de los administradores, por el Secretario judicial o Registrador Mercantil del domicilio social.»

Este precepto trae causa de la previsión que con anterioridad llevan a cabo los artículos 164 y 167: «1. La junta general ordinaria, previamente convocada al efecto, se reunirá necesariamente dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio, para, en su caso, aprobar la gestión social, las cuentas del ejercicio anterior y resolver sobre la aplicación del resultado.» «Los administradores convocarán la junta general siempre que lo consideren necesario o conveniente para los intereses sociales, y en todo caso, en las fechas o períodos que determinen la ley y los estatutos.»

La segunda causa de pedir obtiene su amparo del número dos del artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital: «2. Si los administradores no atienden oportunamente la solicitud de convocatoria de la junta general efectuada por la minoría, podrá realizarse la convocatoria, previa audiencia de los administradores, por el Secretario judicial o por el Registrador Mercantil del domicilio social.».

A su vez el precepto trae causa de la anterior previsión del artículo 168 del reiterado cuerpo legal: «Los administradores deberán convocar la junta general cuando lo soliciten uno o varios socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social, expresando en la solicitud los asuntos a tratar. En este caso, la junta general deberá ser convocada para su celebración dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que se hubiere requerido notarialmente a los administradores para convocarla, debiendo incluirse necesariamente en el orden del día los asuntos que hubiesen sido objeto de solicitud.»

Como resulta de las disposiciones legales transcritas ambas causas de pedir obedecen a supuestos distintos como distinto es el régimen y requisitos pre-

vistos para su tramitación. De aquí que resulte procedente el análisis diferenciado de cada una de ellas a fin de dar respuesta adecuada al escrito de recurso.

4. Por lo que se refiere a la solicitud de convocatoria de junta general ordinaria para la aprobación de las cuentas del ejercicio 2017 resulta patente la concurrencia de los requisitos establecidos en la ley para que proceda la convocatoria por parte del registrador mercantil. Resulta de los hechos como indubitado que ha transcurrido el plazo para la convocatoria de la junta y que se ha dado la oportuna audiencia al órgano de administración que reconoce el hecho y que afirma que ya se llevará a cabo el tratamiento en la junta que se propone convocar. Esta última afirmación es absolutamente improcedente por dejar insatisfecho el interés de los socios una vez que han acreditado el cumplimiento de los requisitos legales. Como resulta del artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil (aplicable a este procedimiento, *vide* Resolución de consulta de 20 de noviembre de 2015), la sociedad solo puede enervar la solicitud del socio si acredita mediante prueba documental que no procede la convocatoria circunstancia que evidentemente no se produce en el supuesto de hecho.

Procede por tanto estimar la solicitud.

5. Establecida la pertinencia de la convocatoria en relación al ejercicio 2017 procede resolver sobre dos cuestiones solicitadas por los socios y a las que se opone la administración y que hacen referencia al domicilio en que ha de celebrarse la junta general y a la presidencia y secretaria de la misma.

Por lo que hace referencia a la designación de presidente y secretario, a falta de previsión estatutaria, corresponde a los socios llevarlo a cabo al comienzo de la sesión a salvo el supuesto de existencia de consejo de administración (art. 191 de la Ley de Sociedades de Capital). Al margen de este supuesto ordinario y cuando la convocatoria se lleva a cabo por el Registrador Mercantil establece el artículo 170.2 de la Ley de Sociedades de Capital lo siguiente: «El Registrador Mercantil procederá a convocar la junta general en el plazo de un mes desde que hubiera sido formulada la solicitud, indicará el lugar, día y hora para la celebración, así como el orden del día y designará al presidente y secretario de la junta.»

Este precepto, que procede del artículo 101 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre y del 45 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo no deja lugar a dudas: corresponde al Registrador Mercantil designar al presidente y secretario de la junta, incluso frente a la previsión estatutaria, pues la situación de conflicto que da origen a su actuación así lo aconseja a fin de salvaguardar la posición jurídica de los socios que instan su actuación. No existe una obligación legal para el Registrador Mercantil de designar para dichos cargos precisamente a las personas que la solicitud se refiera pero, a falta de motivo en contrario, lo procedente es que así se haga pues el fundamento de su actuación es precisamente la satisfacción de su interés por reunir los requisitos legales para ello.

Por lo que a la fijación del domicilio se refiere el precepto transcrito es igualmente claro sobre la competencia del registrador: a él le corresponde determinar el lugar de celebración de la junta, determinación que ha de hacerse de conformidad con la exigencia legal recogida en el artículo 175 de la Ley de Sociedades de Capital: Salvo disposición contraria de los estatutos, la junta general se celebrará en el término municipal donde la sociedad tenga su domicilio. Si en la convocatoria no figurase el lugar de celebración, se entenderá que la junta ha sido convocada para su celebración en el domicilio social. El Registrador Mercantil deberá pues comprender en la convocatoria que realice el lugar de celebración, ponderando las circunstancias que se presenten en el expediente a fin de garantizar la efectiva celebración de la junta que convoca.

6. Por lo que se refiere a la segunda causa de pedir, la solicitud incluye el siguiente punto en el orden del día: «Supervisión del grado de cumplimiento de las obligaciones fiscales de facturación y contables de la sociedad, atendiendo a la normativa vigente.»

No procede la convocatoria de una junta general con efectos meramente informativos o de supervisión como pretende el solicitante. Como resulta de la regulación de nuestra Ley de Sociedades de Capital la competencia de la junta general es esencialmente decisoria respecto de aquellas cuestiones que por imperativo legal o estatutario deben someterse a su aprobación. Es en relación al ejercicio de esta competencia que la Ley regula el derecho de información de los socios con la finalidad de que al tiempo de la celebración de la junta general puedan tener la información suficiente que les faculte para emitir su voto con plenitud de conocimiento (art. 272 de la Ley de Sociedades de Capital, entre otros). Fuera de estos supuestos la Ley no regula un derecho individual a la información ni mucho menos un derecho a que se convoque la junta general para ofrecer información a los socios.

El derecho de información a que se refiere el artículo 93 d) de la Ley de Sociedades de Capital (desarrollado en los artículos 196 y 197, entre otros, del mismo cuerpo legal), ha sido debidamente delimitado por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (*vide* sentencias 766/2010, de 1 diciembre, 204/2011, de 21 marzo y 986/2011 de 16 enero, entre otras), que tiene declarado que el socio «no puede demandar cualquier información de la sociedad sobre cualquier extremo y en cualquier momento», siendo preciso que «…las informaciones o aclaraciones que estime precisas y las preguntas que estimen pertinentes –juicio de valor que corresponde en exclusiva al accionista– estén comprendidos en el orden del día o tengan la condición de conexos con él.»

Cuestión distinta es la responsabilidad que los administradores puedan asumir frente a los socios si por su acción o inacción sufren perjuicio aquellos o si en el transcurso de una junta general se discuten cuestiones ajenas a las propuestas de acuerdo.

Procede en consecuencia la desestimación del recurso también en este punto.

A la luz de las consideraciones anteriores, esta Dirección General de los Registros y del Notariado resuelve:

1.º Estimar el recurso en cuanto a la solicitud de convocatoria de junta general ordinaria en relación al ejercicio 2017 de conformidad con la previsión del artículo 169.1 de la Ley de Sociedades de Capital.

2.º El registrador deberá llevar a cabo la convocatoria con el orden del día que para las mismas establece el artículo 164 de la Ley de Sociedades de Capital. En la convocatoria deberá constar la designación del lugar, día y hora de celebración, así como de las personas que hayan de actuar como presidente y secretario de la misma de acuerdo a lo anteriormente establecido.

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar parcialmente el recurso y con revocación parcial de la resolución del Registrador Mercantil de Madrid núm. 8, don Luis María Stampa y Piñeiro de fecha 14 de marzo de 2019 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, 26 de junio de 2019 (1.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de Madrid.

Resolución de 26 de junio de 2019 (2.ª)

En el expediente 5 /2019 sobre convocatoria de Junta General a instancia de un socio de «Centro Médico San Lorenzo de El Escorial, S.L.».

HECHOS

I

Don J. A. H. D. presentó un escrito dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 14 de marzo de 2019, en el que solicitó, al amparo del artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio de la mercantil «Centro Médico San Lorenzo de El Escorial, S.L.», la convocatoria de Junta General de la sociedad por darse los presupuestos establecidos en dicho precepto.

Del escrito de solicitud y de la documentación que le acompaña resulta que el socio requirió a la sociedad mediante acta notarial autorizada por el notario de San Lorenzo de El Escorial don Sebastián Barril Roche el día 11 de diciembre de 2018 para que convocase junta general con el orden del día que resulta de la misma sin que así haya ocurrido tras el transcurso del plazo establecido en el artículo 168 de la Ley de Sociedades de Capital.

II

Previo traslado a la sociedad de la solicitud por parte del registrador mercantil, la administración de la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que el solicitante no es titular del 50 % del capital de la sociedad como afirma pues la totalidad de las participaciones sociales pertenecen a la administradora única y al solicitante con carácter ganancial al otorgarse la escritura de constitución entre ambos, constante matrimonio. Así lo reconoce expresamente el solicitante en la propuesta de inventario para la disolución y liquidación de la sociedad al incluir las participaciones de la sociedad en el inventario ganancial. En consecuencia, no le pertenecen como afirma las participaciones de la sociedad, sino que pertenecen a la sociedad de gananciales sin que haya sido designado representante para el ejercicio de los derechos inherentes a las mismas. 2.º En virtud de sentencia firme del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de San Lorenzo de El Escorial, que se acompaña, se ha declarado disuelto el matrimonio entre el solicitante y la administradora única de la sociedad formándose desde ese momento la denominada comunidad post ganancial. Tras dicha sentencia el solicitante ha iniciado un procedimiento judicial para la liquidación de la sociedad de gananciales ante el mismo Juzgado de Primera Instancia encontrándose en fase de formación de inventario, como se acredita. 3.º Como tiene reconocido la Dirección General de los Registros y del Notariado en caso de comunidad postganancial se aplica la previsión del artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital que exige la designación de un representante para el ejercicio de los derechos inherentes a las participaciones sociales, lo que no ocurre en el caso presente (con cita de doctrina).

III

El Registrador Mercantil de Madrid núm. 8, don Luis María Stampa y Piñeiro dictó resolución en fecha 18 de marzo de 2019 por la que acordó dejar en suspenso el procedimiento hasta tanto no se le acredite la conclusión del procedimiento judicial momento en el que se dictará la resolución que proceda.

IV

Don J. A. H. D., por escrito de fecha 15 de abril de 2019, que tuvo entrada el día 17 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: Que la solicitud de convocatoria por conducto notarial fue entregada a la administradora única de la sociedad doña C. D. C. V., el día 12 de diciembre de 2018 por lo que la junta general debería haber sido convocada y celebrada con anterioridad al día 12 de febrero de 2019. Que el día 21 de enero de 2019 la administradora única le remitió burofax afirmando que no se cumplían los requisitos para la convocatoria. Que la sentencia de divorcio fue dictada el día 29 de enero de 2019 adquiriendo firmeza el día 19 de marzo posterior. Que la solicitud de convocatoria fue realizada por esta parte el día 14 de febrero de 2019. Que tanto la solicitud de convocatoria remitida por conducto notarial como la solicitud al Registro Mercantil son anteriores a la firmeza de la sentencia de divorcio y disolución de la sociedad de gananciales. Pese al carácter ganancial de las participaciones los socios al 50 %, hoy ex cónyuges, han celebrado juntas generales con normalidad como se justifica con el acta de la celebrada el día 25 de octubre de 2018. Que así resulta de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; 166 y siguientes de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil; 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 y 7 y 9 de febrero y 24 de septiembre de 2018.

1. Se solicita por un socio la convocatoria de junta general de una sociedad de responsabilidad limitada al amparo de la previsión del artículo 169.2 de la Ley de Sociedades de Capital. La sociedad, por medio de su administradora única, se opone porque estando el capital social repartido entre los dos socios (la propia administradora única y el solicitante con carácter ganancial), y existiendo sentencia de divorcio, la indeterminación sobre a quien se atribuirán las participaciones hasta entonces gananciales impide tener por acreditada la legitimación del solicitante. El Registrador Mercantil resuelve suspender el procedimiento en tanto no se acredite debidamente la titularidad de las participaciones sociales. El interesado recurre en los términos descritos en los hechos.

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 y es de aplicación al supuesto de hecho de la presente por ser la cuestión de fondo idéntica.

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 postganancial con el previsto en el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital, relativo a la copropiedad de participaciones y acciones, dado que se trata de comunidades de bienes radicalmente distintas.

8. Posteriormente esta antigua doctrina fue objeto de revisión por no existir causa fundada para aplicar a la comunidad postganancial un régimen distinto del previsto por el ordenamiento para cualquier género de comunidad. Así lo expresa el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital con toda claridad: «La misma regla se aplicará a los demás supuestos de cotitularidad de derechos sobre participaciones o acciones». Así lo ha afirmado de forma reiterada esta Dirección en relación a otras comunidades de tipo germánico como la que surge al fallecimiento del socio titular entre los llamados a su herencia (resoluciones de 28 de julio y 3 de noviembre de 2014).

Consecuentemente cuando se ponga de manifiesto ante la sociedad el hecho de la disolución de la sociedad de gananciales de la que forma parte el socio titular y la consecuente existencia de una situación de cotitularidad postganancial, será de plena aplicación la previsión del artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital en cuanto exige «designar una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio» pues sólo así se agota el conjunto de intereses presentes en la comunidad (*vide* sentencia del Tribunal Supremo 50/2005 de 14 de febrero).

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

Colofón de la anterior doctrina es que uno sólo de los partícipes de la comunidad postganancial no puede actuar sin que resulte su designación por el otro pues como mero titular de un porcentaje sobre un conjunto de acciones o participaciones sociales carece de legitimación para ejercitar el derecho a

solicitar la verificación contable que corresponde a los dos (resolución de 4 de junio de 2014).

Así lo entiende la sentencia 45/2006 de 7 febrero, de la Audiencia Provincial de Murcia cuando afirma: «…como resultado, de todo lo expuesto, que en este nuevo régimen jurídico derivado de la disolución de la sociedad de gananciales, aquellos pactos iniciales referidos al reparto de la titularidad nominal de las acciones, carecen de validez, y por tanto han de declararse nulos los acuerdos sociales adoptados conforme a los mismos en la Junta General de Socios celebrada el día 7 de mayo de 2005 por infracción de lo dispuesto en el artículo 35 LSRL relativo a las reglas de copropiedad de participaciones sociales» (en sentido similar la sentencia 393/2010, de 11 de marzo de la Audiencia Provincial de A Coruña).

9. Distinto es el supuesto en el que entre los cónyuges exista una contienda judicial pues en este caso, a falta de acuerdo, lo procedente es suspender el procedimiento de designación de auditor hasta que recaiga resolución judicial firme de la que resulte la titularidad de las acciones o participaciones.

Como ha reiterado esta Dirección (resoluciones de 22 de septiembre de 2012, 13 de mayo y 20 de diciembre de 2013 y 31 de enero, 5 de agosto, 1 de octubre y 10 de diciembre de 2014, entre las más recientes), procede la suspensión del procedimiento cuando se está discutiendo en vía judicial la legitimación del conjunto de acciones o participaciones en que se funde, como ocurre en los procedimientos judiciales de separación o divorcio en los que se discute su carácter ganancial o su liquidación o ambas cuestiones.

Constituye una excepción el supuesto en el que existe un pronunciamiento del juez que conoce del procedimiento sobre la persona que debe ejercitar los derechos inherentes a la condición de socio (*vide* resoluciones de 31 de marzo y 23 de abril de 2014), pues con independencia de a quien se atribuyan finalmente la totalidad o parte de las acciones o participaciones en liquidación se ha adoptado una medida aplicable a la situación interina que debe ser respetada tanto por la sociedad como por el Registrador Mercantil (*vide* sentencia 541/2010 de 9 diciembre, de la audiencia Provincial de La Coruña en un supuesto de comunidad hereditaria).

10. De los hechos expuestos al principio de la presente resulta que las participaciones que ostenta el socio tienen carácter ganancial, así como que la sociedad de gananciales se encuentra disuelta y, en lo que respecta a las citadas participaciones, sin liquidar.

De conformidad con la doctrina expuesta en los considerandos anteriores procedería la desestimación del recurso por falta de legitimación de la solicitante al estar ante el supuesto del artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital y no resultar del expediente la designación de un representante frente a la sociedad.

Ahora bien, la concreta situación fáctica hace preciso que, de conformidad con la doctrina expresada en la sentencia de la Audiencia Provincial de la Coruña de fecha 11 de marzo de 2010 (sentencia núm. 111/2010, sección

cuarta, dictada contra resolución de esta Dirección General), sea forzoso reconocer que de actuar así se estaría dejando en situación de profunda desigualdad a las partes interesadas en la sociedad que agotan la totalidad de los intereses presentes. Ciertamente el sentido del artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital protege a la sociedad frente a situaciones de comunidad obligando a que los comuneros actúen como si existiese un único interés frente a la sociedad. Cuando, en supuestos como el presente, existe una situación de hecho que la sociedad no puede ignorar ni ignora y en la que, además, existe una situación de igualdad de cuotas que imposibilita un acuerdo sobre designación de representante, es evidente que la solución no puede ser sin más la aplicación del precepto que, reiteramos, plantea un supuesto de hecho distinto. Si a lo anterior se añade que el socio ostenta el cargo de administrador de la sociedad, resulta evidente que la solución al conflicto no puede dejar en desamparo a quien ostenta el mismo interés protegible. De forma expresiva lo afirma la sentencia citada: «Por este conjunto de argumentos reputamos que la oposición de la sociedad, que toleró una situación de conocimiento de la falta de designación de representante, no le legitima para impedir el nombramiento de auditor. Es más en caso de conflicto entre los comuneros sobre cuál de ellos ostentaría la representación o discrepancias sobre un acto de administración, cabría, al ser ambos cotitulares por partes iguales, una decisión judicial al respecto por la vía del art. 398 III del CC, y, en el supuesto litigiosos analizado, no vemos en definitiva argumentos susceptibles de ser acogidos para considerar ilegítima la actuación del Registro Mercantil, hallándose justificada la pretensión de la apelada de estar informada de la situación patrimonial real de las sociedades de cuyas acciones y participaciones sociales es condueña, resultando difícilmente justificado que el otro cotitular de tales títulos valores tenga privilegiada información al respecto, dados los cargos sociales que ostenta, y que la demandada carezca de medios legales para obtenerla. El artículo 7 del Código Civil también tiene algo que decir al respecto.»

Procede en consecuencia la estimación del recurso en los siguientes términos:

a) Procede revocar la resolución de suspensión del Registrador Mercantil de Madrid núm. 8, don Luis María Stampa y Piñeiro de fecha 18 de marzo de 2019.

b) Procede la reanudación del expediente y que el registrador dicte resolución en los términos que resultan de las consideraciones anteriores.

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar la resolución de suspensión del Registrador Mercantil de Madrid núm. 8, don Luis María Stampa y Piñeiro de fecha 18 de marzo 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 junio de 2019 (2.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de Madrid.

Resolución de 26 de junio de 2019 (3.ª)

En el expediente 6/2019 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Centro Médico San Lorenzo de El Escorial, S.L.»

HECHOS

I

Don J. A. H. D. presentó un escrito de fecha 28 de febrero de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 14 de marzo 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 de más del 5 % del capital social de «Centro Médico San Lorenzo de El Escorial, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2018.

II

Previo traslado llevado a cabo por el Registro Mercantil, la sociedad por medio de su administradora única doña C. C. V., se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que en el mismo Registro Mercantil de Madrid se está tramitando un expediente de convocatoria de junta general iniciado por el mismo solicitante y en referencia a la misma sociedad, expediente en el que ha recaído resolución de suspensión del Registrador Mercantil núm. 8 por existir una demanda judicial en curso sobre la titularidad de las participaciones. 2.º Que el solicitante no es titular del 50 % del capital de la sociedad como afirma pues la totalidad de las participaciones sociales pertenecen a la administradora única y al solicitante con carácter ganancial al otorgarse la escritura de constitución entre ambos, constante matrimonio. Así lo reconoce expresamente el solicitante en la propuesta de inventario para la disolución y liquidación de la sociedad al incluir las participaciones de la sociedad en el

inventario ganancial. En consecuencia, no le pertenecen como afirma las participaciones de la sociedad, sino que pertenecen a la sociedad de gananciales sin que haya sido designado representante para el ejercicio de los derechos inherentes a las mismas. 3.º En virtud de sentencia firme del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de San Lorenzo de El Escorial, que se acompaña, se ha declarado disuelto el matrimonio entre el solicitante y la administradora única de la sociedad formándose desde ese momento la denominada comunidad post ganancial. Tras dicha sentencia el solicitante ha iniciado un procedimiento judicial para la liquidación de la sociedad de gananciales ante el mismo Juzgado de Primera Instancia encontrándose en fase de formación de inventario, como se acredita. 4.º Como tiene reconocido la Dirección General de los Registros y del Notariado en caso de comunidad postganancial se aplica la previsión del artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital que exige la designación de un representante para el ejercicio de los derechos inherentes a las participaciones sociales, lo que no ocurre en el caso presente (con cita de doctrina).

III

El Registrador Mercantil de Madrid núm. 14, don Miguel Seoane de la Parra dictó resolución en fecha 29 de marzo de 2019 por la que acordó suspender el procedimiento hasta que se acredite la finalización del procedimiento judicial en marcha por ser la legitimación del solicitante discutida en dicha vía.

IV

Don J. A. H. D., por escrito de fecha 30 de abril de 2019, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Madrid, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base, resumidamente, a los siguientes argumentos: Que si bien es cierto que la solicitud de designación de auditor se formuló con posterioridad a la sentencia de divorcio, la condición de socio del solicitante es incuestionable por cuanto la ostenta desde la escritura de constitución de la sociedad en la que constan como únicos socios fundadores el solicitante y la administradora de la sociedad con adjudicación a cada uno del 50 % del capital social. La sociedad, con independencia de la ganancialidad de las participaciones, ha venido reconociendo la condición de socio del solicitante por aplicación del art. 91 de la Ley de Sociedades de Capital y sin exigir la designación de una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio. Que así ocurrió en la pasada junta general de fecha 25 de octubre de 2018. El mismo régimen debe aplicarse tras la disolución de la sociedad de gananciales pues ni perjudica a la sociedad ni a ninguno de ellos. La negativa a la designación de auditor sólo perjudica al solicitante y no a la otra socia y administradora única que ostenta el control absoluto de la sociedad. Que así resulta de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 13 de junio de 2013. Que así resulta igualmente del artículo 40 del Código de Comercio siendo evidente el interés que acredita el solicitante como titular de una cuota abstracta sobre el capital social.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones 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. Se solicita por un socio la designación de auditor al amparo de la previsión del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. La sociedad, por medio de su administradora única, se opone porque estando el capital social repartido entre los dos socios (la propia administradora única y el solicitante con carácter ganancial), y existiendo sentencia de divorcio, la indeterminación sobre a quien se atribuirán las participaciones hasta entonces gananciales impide tener por acreditada la legitimación del solicitante. El Registrador Mercantil resuelve suspender el procedimiento en tanto no se acredite debidamente la titularidad de las participaciones sociales. El interesado recurre en los términos descritos en los hechos.

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 ganan-

cial se aplica la misma regla (*vide* sentencia 286/2013 de 11 diciembre de la Audiencia Provincial de Toledo).

6. De conformidad con la anterior doctrina de los Tribunales, esta Dirección General acomodó a la misma su propia doctrina a partir de las resoluciones de 25 de junio (1.ª, 2.ª, 3.ª y 4.ª) y 29 de julio de 2015 afirmando que carece de legitimación para solicitar la designación de auditor al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital el cónyuge del socio por el mero hecho de que las acciones o participaciones que este ostenta tengan el carácter de bienes gananciales y sin perjuicio de las consecuencias patrimoniales que procedan entre los cónyuges.

7. Por lo que se refiere a la situación posterior a la disolución de la sociedad de gananciales la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha mantenido que se abre un periodo transitorio en el que subsiste una comunidad postganancial, en tanto no se proceda a su liquidación, en la que hay una cotitularidad sobre todos los bienes que la integran que excluye la atribución de cuotas partes sobre los mismos, por tratarse de una comunidad germánica, en la que está vedada la disposición de los bienes por cualquiera de los cónyuges pero, en ningún caso lo está la administración y gestión de los mismos (sentencias del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1998 y 10 de julio de 2005).

En base a la misma doctrina, esta Dirección consideró reiteradamente que acreditado el carácter ganancial de las participaciones y la concurrencia de causa de disolución, el cónyuge no titular estaba legitimado para el ejercicio del derecho reconocido en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital afirmando que no debe confundirse el supuesto de comunidad postganancial con el previsto en el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital, relativo a la copropiedad de participaciones y acciones, dado que se trata de comunidades de bienes radicalmente distintas.

8. Posteriormente esta antigua doctrina fue objeto de revisión por no existir causa fundada para aplicar a la comunidad postganancial un régimen distinto del previsto por el ordenamiento para cualquier género de comunidad. Así lo expresa el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital con toda claridad: «La misma regla se aplicará a los demás supuestos de cotitularidad de derechos sobre participaciones o acciones». Así lo ha afirmado de forma reiterada esta Dirección en relación a otras comunidades de tipo germánico como la que surge al fallecimiento del socio titular entre los llamados a su herencia (resoluciones de 28 de julio y 3 de noviembre de 2014).

Consecuentemente cuando se ponga de manifiesto ante la sociedad el hecho de la disolución de la sociedad de gananciales de la que forma parte el socio titular y la consecuente existencia de una situación de cotitularidad postganancial, será de plena aplicación la previsión del artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital en cuanto exige «designar una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio» pues sólo así se agota el conjunto de intereses presentes en la comunidad (*vide* sentencia del Tribunal Supremo 50/2005 de 14 de febrero).

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

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

Así lo entiende la sentencia 45/2006 de 7 febrero, de la Audiencia Provincial de Murcia cuando afirma: «…como resultado, de todo lo expuesto, que en este nuevo régimen jurídico derivado de la disolución de la sociedad de gananciales, aquellos pactos iniciales referidos al reparto de la titularidad nominal de las acciones, carecen de validez, y por tanto han de declararse nulos los acuerdos sociales adoptados conforme a los mismos en la Junta General de Socios celebrada el día 7 de mayo de 2005 por infracción de lo dispuesto en el artículo 35 LSRL relativo a las reglas de copropiedad de participaciones sociales» (en sentido similar la sentencia 393/2010, de 11 de marzo de la Audiencia Provincial de A Coruña).

9. Distinto es el supuesto en el que entre los cónyuges exista una contienda judicial pues en este caso, a falta de acuerdo, lo procedente es suspender el procedimiento de designación de auditor hasta que recaiga resolución judicial firme de la que resulte la titularidad de las acciones o participaciones.

Como ha reiterado esta Dirección (resoluciones de 22 de septiembre de 2012, 13 de mayo y 20 de diciembre de 2013 y 31 de enero, 5 de agosto, 1 de octubre y 10 de diciembre de 2014, entre las más recientes), procede la suspensión del procedimiento cuando se está discutiendo en vía judicial la legitimación del conjunto de acciones o participaciones en que se funde, como ocurre en los procedimientos judiciales de separación o divorcio en los que se discute su carácter ganancial o su liquidación o ambas cuestiones.

Constituye una excepción el supuesto en el que existe un pronunciamiento del juez que conoce del procedimiento sobre la persona que debe ejercitar los derechos inherentes a la condición de socio (*vide* resoluciones de 31 de marzo y 23 de abril de 2014), pues con independencia de a quien se atribuyan finalmente la totalidad o parte de las acciones o participaciones en liquidación se ha adoptado una medida aplicable a la situación interina que debe ser respetada tanto por la sociedad como por el Registrador Mercantil (*vide* sentencia 541/2010 de 9 diciembre, de la audiencia Provincial de La Coruña en un supuesto de comunidad hereditaria).

10. De los hechos expuestos al principio de la presente resulta que las participaciones que ostenta el socio tienen carácter ganancial, así como que la sociedad de gananciales se encuentra disuelta y, en lo que respecta a las citadas participaciones, sin liquidar.

De conformidad con la doctrina expuesta en los considerandos anteriores procedería la desestimación del recurso por falta de legitimación del solicitante al estar ante el supuesto del artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital y no resultar del expediente la designación de un representante frente a la sociedad. Ahora bien, la concreta situación fáctica hace preciso que, de conformidad con la doctrina expresada en la sentencia de la Audiencia Provincial de la Coruña de fecha 11 de marzo de 2010 (sentencia núm. 111/2010, sección cuarta, dictada contra resolución de esta Dirección General), sea forzoso reconocer que de actuar así se estaría dejando en situación de profunda desigualdad a las partes interesadas en la sociedad que agotan la totalidad de los intereses presentes. Ciertamente el sentido del artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital protege a la sociedad frente a situaciones de comunidad obligando a que los comuneros actúen como si existiese un único interés frente a la sociedad. Cuando, en supuestos como el presente, existe una situación de hecho que la sociedad no puede ignorar ni ignora y en la que, además, existe una situación de igualdad de cuotas que imposibilita un acuerdo sobre designación de representante, es evidente que la solución no puede ser sin más la aplicación del precepto que, reiteramos, plantea un supuesto de hecho distinto. Si a lo anterior se añade que un socio ostenta el cargo de administrador de la sociedad, resulta evidente que la solución al conflicto no puede dejar en desamparo a quien ostenta el mismo interés protegible. De forma expresiva lo afirma la sentencia citada: «Por este conjunto de argumentos reputamos que la oposición de la sociedad, que toleró una situación de conocimiento de la falta de designación de representante, no le legitima para impedir el nombramiento de auditor. Es más en caso de conflicto entre los comuneros sobre cuál de ellos ostentaría la representación o discrepancias sobre un acto de administración, cabría, al ser ambos cotitulares por partes iguales, una decisión judicial al respecto por la vía del art. 398 III del CC, y, en el supuesto litigiosos analizado, no vemos en definitiva argumentos susceptibles de ser acogidos para considerar ilegítima la actuación del Registro Mercantil, hallándose justificada la pretensión de la apelada de estar informada de la situación patrimonial real de las sociedades de cuyas acciones y participaciones sociales es condueña, resultando difícilmente justificado que el otro cotitular de tales títulos valores tenga privilegiada información al respecto, dados los cargos sociales que ostenta, y que la demandada carezca de medios legales para obtenerla. El artículo 7 del Código Civil también tiene algo que decir al respecto.»

Procede en consecuencia la estimación del recurso en los siguientes términos:

a) Procede revocar la resolución de suspensión del Registrador Mercantil de Madrid núm. 14, don Miguel Seoane de la Parra de fecha 29 de marzo de 2019.

b) Procede la reanudación del expediente y que el registrador dicte resolución en los términos que resultan de las consideraciones anteriores.

En su virtud, esta Dirección General resuelve estimar el recurso y revocar la resolución de suspensión del Registrador Mercantil de Madrid núm. 14, don Miguel Seoane de la Parra de fecha 29 de marzo 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 junio de 2019 (3.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de Madrid.

Resolución de 26 de junio de 2019 (4.ª)

En el expediente 7/2019 sobre convocatoria de Junta General a instancia de un socio de «Inmobiliaria Movar, S.L., en liquidación».

HECHOS

I

Don J. V. B., presentó un escrito de fecha 11 de marzo de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Valladolid, en el que solicitó, al amparo del artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio de la mercantil «Inmobiliaria Movar, S.L., en liquidación», la convocatoria de Junta General de la sociedad por darse los presupuestos establecidos en dicho precepto.

Del escrito de solicitud y de la documentación que le acompaña resulta:

a) Que en fecha 16 de septiembre de 2018 requirió notarialmente al liquidador de la sociedad para que convocara junta general con el orden del día que se dirá.

Del acta autorizada por el notario de Valladolid don Javier Gómez Martínez el día 17 de septiembre de 2018 resulta que el ahora solicitante y otras dos personas le requieren para que a su vez requiera al liquidador de la sociedad con el fin, entre otras cosas, de que convoque junta general con el siguiente orden del día: «Primero. – Censura y en su caso aprobación de las cuentas anuales de la sociedad de los ejercicios 2007 a 2017 y aplicación del resultado del ejercicio. Segundo. – Informe escrito del estado actual de liquidación, con referencia a las demandas y ampliaciones formuladas, el estado actualizado de las cuentas y valoración del activo social.»

b) Que ha transcurrido el plazo legal sin que se haya llevado a cabo la convocatoria de junta general solicitada.

Específicamente solicita del registrador mercantil:

a) Que lleve a cabo la convocatoria de Junta General con el orden del día que se ha transcrito.

b) Que designe como presidente de la Junta General a celebrar al propio solicitante y secretario a don Javier Gómez García, notario, en cuya notaria ha de celebrarse la reunión.

Acompaña, entre otros documentos, copia de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de fecha 12 de diciembre de 2017 y por la que se revoca la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Valladolid de fecha 31 de maro de 2017 por la que se aprobó el balance de liquidación de la sociedad. Del texto de la sentencia de apelación resulta que la Audiencia considera acreditada la existencia de un crédito de la sociedad contra determinadas personas que no resulta de la liquidación. Resulta igualmente que la Audiencia considera que dicho crédito habría debido ser objeto de las operaciones liquidatorias propias antes de la elaboración del balance final y, caso de resultar incobrable, incluirlo como pérdida en el balance.

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 entidad QLT Accontants Group S.L.P. fue designada liquidadora por Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Valladolid de fecha 4 de abril de 2013 tal y como resulta del propio Registro Mercantil. Que la persona física encargada de la liquidación ha realizado las cuentas anuales correspondientes a los ejercicios 2012, 2013 y 2014 hasta que se dieron por concluidas las operaciones de liquidación. Que en fecha 23 de julio de 2015 se llevó a cabo la junta general en la que un 50 % del capital social aprobó el balance final de liquidación y propuesta de reparto. Que en fecha 28 de enero de 2016 se llevó a cabo nueva junta general con la misma finalidad y con idéntico resultado por lo que la liquidación quedó conclusa sin aprobación del balance final. Que así las cosas determinados socios presentaron demanda judicial con la finalidad de que por parte del juzgado se aprobase el balance final y el proyecto de reparto. La sentencia 53/2017, de 31 de marzo del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Valladolid estimó la demanda y declaró aprobado el balance final de liquidación y la propuesta de reparto del activo resultante. Apelada la sentencia la Audiencia Provincial mediante sentencia 421/2017 estimo el recurso con desestimación de la demanda afirmando la existencia de indicios de omisión en el balance de determinado crédito propio de la sociedad cuya reclamación correspondería al liquidador. Que en ejecución de dicha sentencia el liquidador presentó demanda de reclamación de cantidad ante el juzgado núm. 7 de

Valladolid contra los deudores. Que en fecha 20 de julio de 2018 se celebró junta general de la sociedad en virtud de decreto del Juzgado Mercantil núm. 1 de Valladolid en cuyo orden del día se incluyó, entre otros el relativo a: «Evolución económica de la sociedad. Censura de las cuentas de los ejercicios pendientes de aprobación, balance actualizado y cuenta de pérdidas y ganancias.» Que, en relación a este último punto del orden del día, el presidente solicitó del liquidador la convocatoria de junta para la aprobación de las cuentas de los ejercicios 2016 y 2017. Que en relación a esta junta general uno de los socios ha presentado demanda de nulidad a lo que se allanó la sociedad. Que siendo estos los hechos acaecidos, no procede la convocatoria de nueva junta con el orden del día propuesto por los siguientes motivos: uno, porque el orden del día es el mismo que se debatió en la junta de 20 de julio de 2018 convocada judicialmente por lo que es improcedente su reiteración. Que se intenta tratar otros asuntos que son de conocimiento del solicitante y que son objeto de la demanda presentada por el liquidador en ejecución de la sentencia de la Audiencia citada más arriba. Que los acuerdos sociales en su día adoptados han sido impugnados judicialmente como se ha hecho constar por lo que habrá que esperar a la existencia de sentencia definitiva de conformidad con la previsión del artículo 6 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria. Dos, que finalizadas las operaciones de liquidación se convocaron dos juntas a fin de aprobar el balance de liquidación final y la propuesta de reparto por lo que considera que desde ese momento la función del liquidador se limita a funciones de representación. Tres, que no cabe convocatoria judicial para tratar temas que ya han sido debatidos, que el liquidador ya presentó las cuentas de los ejercicios anteriores al balance final, el informe sobre las operaciones realizadas y el proyecto de división por lo que no procede convocar junta para la aprobación de unas cuentas que ya constan aprobadas. Cuarto, que no cabe formular cuentas anuales posteriores al balance final y solo, como se ha realizado, de ejercicios anteriores.

III

Trasladado el anterior escrito al solicitante este, a su vez, presentó escrito de alegaciones en el que pone de manifiesto: Que las operaciones de liquidación no están finalizadas por cuanto es cosa juzgada lo contrario. Que la existencia del crédito reconocido en la sentencia obliga a rehacer las cuentas, reclamar el crédito y con posterioridad someter a aprobación las operaciones de liquidación. Que como resulta del registro no están aprobadas desde el ejercicio 2007 hasta la actualidad y particularmente las de 2013 por lo que todo socio tiene derecho a que se presenten a su aprobación con propuesta de aplicación del resultado. Que ni siquiera en la junta convocada judicialmente se presentaron las cuentas de los ejercicios 2015, 2016 y 2017. Que del acta notarial de dicha junta resulta que no se aprobó ninguno de los puntos del orden del día. Que no es cierto que la junta de 20 de julio de 2018 esté impugnada pues solo lo fue el segundo punto del orden del día. Que el orden del día ahora solicitado en nada coincide con el de la citada junta sin que corresponda al liquidador determinar la procedencia del mismo. Que la junta solicitada ha de versar sobre la aprobación de las cuentas y ejercicio del derecho de información sin que ninguno de ambos puntos esté o se encuentre sub iudice. Que la liquidación no ha finalizado como consecuencia de la sentencia de la Audiencia.

IV

La Registradora Mercantil de Valladolid, doña María Esther Pérez Ruiz dictó resolución en fecha 12 de abril de 2019 por la que acordó estimar la oposición y desestimar la

solicitud del socio. La registradora estima, en cuanto al primer punto del orden del día propuesto, que no procede la convocatoria de junta porque el liquidador presentó a su aprobación las cuentas de los ejercicios 2012, 2013 y 2014 así como el balance final de liquidación y propuesta de reparto sin que con posterioridad a este momento deba formular y presentar nuevas cuentas anuales. Que la situación de bloqueo que existe en la sociedad impone que sea la autoridad judicial la que deba proceder a la aprobación de las operaciones de liquidación pues es lógico que si puede aprobar la disolución de la sociedad pueda llevar a cabo las operaciones de liquidación. Que, en cuanto al segundo punto del orden del día, su contenido se ha formulado, en términos muy similares en la junta celebrada el día 20 de julio de 2018, que fue convocada judicialmente. Que existiendo un procedimiento judicial en marcha sobre la citada junta no procede la apertura de una vía extrajudicial de conformidad con el artículo 6 de la Ley de jurisdicción voluntaria. La grave situación de enfrentamiento entre los socios desaconseja la utilización de una institución como el Registro Mercantil como medio de controversia entre aquellos.

V

Don J. V. B., por escrito de fecha 7 de mayo de 2019, que tuvo entrada el día siguiente en el Registro Mercantil de Valladolid, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos en reiteración de los ya expuestos: «Que la sentencia de la Audiencia de Valladolid reabrió el periodo de liquidación por entender que existía un crédito que no había sido contabilizado. Que el contenido de la sentencia obligaba a reformular las cuentas desde el ejercicio 2013 y a redactar las cuentas de los ejercicios 2016 y 2017 que ni se formularon ni se presentaron a los socios para su aprobación. Que en esta situación se convocó judicialmente la junta que se celebró el día 20 de julio de 2018 en cuyo orden del día se incluyó el cuarto relativo al –Estudio económico de la sociedad. Censura de las cuentas de los ejercicios pendientes de aprobación, balance actualizado y cuenta de pérdidas y ganancias. – Que pese a la orden judicial el liquidador ni reabrió las cuentas ni las presentó a la junta haciendo imposible que esta se pronunciara. Que de este modo el liquidador está incumpliendo gravemente sus deberes relativos a la contabilidad social, información y convocatoria de la junta. Que con estos antecedentes se requirió de nuevo al liquidador para la convocatoria de una nueva junta general con el orden del día que consta al principio de la presente. Que con el primer punto del orden del día propuesto se pretende solventar aquello que no se pudo discutir en la junta convocada judicialmente. Y en cuanto al segundo punto del orden del día se trata simplemente de obtener información al amparo de lo establecido en el artículo 381.1 de la Ley de Sociedades de Capital. Que ninguno de dichos puntos está siendo objeto de controversia judicial. Que el liquidador ha reconocido que no tiene nada que redactar lo que acredita su voluntad obstativa. Que del artículo 168 de la Ley de Sociedades de Capital resulta el mandato imperativo de convocar junta cuando lo solicite un socio que represente al menos el 5 % del capital social, artículo que debe ponerse en relación con 371 sobre obligación de información del liquidador. Asimismo, el artículo 388 de la Ley de Sociedades de Capital establece la obligación de convocar durante la liquidación. Que el presente supuesto se dan todos los requisitos exigibles para que proceda la convocatoria de junta general. Que no se pretende el traslado al Registro Mercantil de ninguna contienda entre los socios sino el ejercicio de un derecho social. Que la Ley no contiene ninguna limitación a la propuesta del orden del día.»

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 y 7 y 9 de febrero y 24 de septiembre de 2018.

1. Un socio de sociedad de responsabilidad limitada que se encuentra en liquidación solicita la convocatoria de junta general en los términos que resultan de los hechos. El mismo socio solicitó convocatoria el día 1 de julio de 2016, solicitud que fue desestimada primero por la Registradora Mercantil de Valladolid y posteriormente por esta Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución de 21 de octubre de 2016. Con el fin de fijar los hechos relevantes para la presente y de hacer su contenido lo más inteligible posible, esta Dirección considera preciso exponer la situación de la siguiente forma de acuerdo al contenido de aquella y a los nuevos hechos que se ponen de manifiesto por las partes en el expediente:

a) La sociedad se encuentra en estado de liquidación por acuerdo de la Junta General celebrada el día 17 de octubre de 2005 tal y como resulta de la inscripción 6.ª de su historia registral.

b) Por acuerdo de la Junta General de 14 de diciembre de 2012 se acuerda el cese por dimisión del liquidador de la sociedad tal y como resulta de la inscripción 7.ª

c) Por auto de 4 de abril de 2013 del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Valladolid se designa como liquidador a la sociedad «QLT Accontants Group S.L.P.» quien designa a don …… para ejercer el cargo, tal y como resulta de la inscripción 8.ª del historial registral.

d) La sociedad celebró junta general en fecha 23 de julio de 2015 y posteriormente en fecha 28 de enero de 2016 en cuyo orden del día se incluyó la aprobación del balance final de la sociedad, informe de liquidación y propuesta de división del haber. En ambos casos el acuerdo no fue aprobado por la Junta al existir un empate de votos a favor y en contra de la propuesta.

e) Se instó un procedimiento judicial ordinario instado por algunos socios de la sociedad en demanda de la aprobación judicial del balance final y del proyecto de división del activo resultante presentado por el liquidador en la junta celebrada el día 28 de enero de 2016. Dictada sentencia favorable por

el Juzgado de Primera Instancia en fecha 31 de marzo de 2017 fue objeto de revocación por la Audiencia Provincial de Valladolid en sentencia de fecha 12 de diciembre de 2017 en los términos que resultan de los hechos. Con posterioridad, el liquidador interpone demanda de reclamación de cantidad en el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Valladolid para llevar a cabo lo acordado en la sentencia.

f) En fecha 20 de julio de 2018 se celebró junta general de la sociedad en virtud de decreto del Juzgado Mercantil núm. 1 de Valladolid en cuyo orden del día se incluyó, entre otros el relativo a: «Evolución económica de la sociedad. Censura de las cuentas de los ejercicios pendientes de aprobación, balance actualizado y cuenta de pérdidas y ganancias.» Del acta notarial de la junta, que consta en el expediente, resulta que de los distintos puntos del orden sólo se aprobó el segundo relativo a la determinación del importe del crédito que se debe a la sociedad. Consta igualmente del expediente que un socio ha demandado judicialmente la declaración de nulidad del acuerdo a lo que se allanó la sociedad por medio del liquidador.

g) Ahora, se solicita nueva convocatoria de junta en los términos que resultan de los hechos y con el siguiente orden del día: «Primero. – Censura y en su caso aprobación de las cuentas anuales de la sociedad de los ejercicios 2007 a 2017 y aplicación del resultado del ejercicio. Segundo. – Informe escrito del estado actual de liquidación, con referencia a las demandas y ampliaciones formuladas, el estado actualizado de las cuentas y valoración del activo social.»

2. Como resulta de lo anterior, el socio fundamenta su solicitud en dos causas de pedir cada una de las cuales se integra en cada uno de los dos puntos del orden del día propuesto. Con carácter previo, y dados los términos en que se pronuncia el escrito de recurso, esta Dirección General de los Registros y del Notariado considera oportuno llevar a cabo un pronunciamiento sobre el objeto de este expediente, su ámbito y sobre el posible automatismo de la solicitud si se acredita el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos.

Como ya afirmara la Resolución de este Centro de 21 de octubre de 2016 y otras varias (*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), 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 arts. 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

No constituye el objeto de este expediente pues, resolver las numerosas cuestiones que las partes involucradas han puesto de manifiesto en los distintos escritos que se han presentado y a que se hace referencia en los hechos. Como ya afirmara la citada Resolución dictada ante la anterior solicitud de convocatoria por el mismo socio, esta puntualización resulta de especial importancia por cuanto la conflictividad que existe en la sociedad se expresa en la existencia de dos grupos de socios cuyas posiciones encontradas han impedido su normal funcionamiento, la aprobación ordinaria de las cuentas y, en lo que ahora respecta, del balance final de liquidación y de su propuesta de reparto del haber líquido.

La consecuencia es que esta Resolución sólo puede pronunciarse sobre aquella cuestión que constituye su objeto por lo que no se llevará a cabo ningún pronunciamiento en relación a las cuestiones planteadas por las partes en este expediente y que son ajenas a su naturaleza y objeto, como son las consecuencias sustantivas de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid que se ha traído al expediente o las consecuencias jurídicas que de su pronunciamiento quepa derivar. 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 procede pronunciarse en primer lugar sobre la afirmación contenida en el escrito de recurso que viene a decir que la concurrencia de los requisitos previstos en la Ley hace inevitable la convocatoria de junta general en los términos solicitados por el interesado.

Esta Dirección General de los Registros y del Notariado no comparte tal afirmación sin someterla a las siguientes matizaciones.

Como resulta del artículo 163 de la Ley de Sociedades de Capital las juntas generales de socios se dividen en juntas ordinarias y extraordinarias. De acuerdo con el artículo 164, aquellas se caracterizan, entre otras cosas, porque su contenido está predeterminado legalmente al estar llamados los socios a pronunciarse sobre la gestión social, las cuentas del ejercicio anterior y sobre la aplicación del resultado. La junta ordinaria debe celebrarse dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio y si quien está obligado a hacerlo no lo lleva a cabo (art. 167), el artículo 169.1 de la Ley autoriza a cualquier socio a solicitar su convocatoria por parte del Registrador Mercantil o letrado de la Administración de Justicia.

La causa de pedir se formula en el artículo 169.1 de la Ley de Sociedades de Capital que dice así: «1. Si la junta general ordinaria o las juntas generales previstas en los estatutos, no fueran convocadas dentro del correspondiente plazo legal o estatutariamente establecido, podrá serlo, a solicitud de cual-

quier socio, previa audiencia de los administradores, por el Secretario judicial o Registrador Mercantil del domicilio social.»

Este precepto trae causa de la previsión que con anterioridad llevan a cabo los artículos 164 y 167: «1. La junta general ordinaria, previamente convocada al efecto, se reunirá necesariamente dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio, para, en su caso, aprobar la gestión social, las cuentas del ejercicio anterior y resolver sobre la aplicación del resultado.» «Los administradores convocarán la junta general siempre que lo consideren necesario o conveniente para los intereses sociales, y en todo caso, en las fechas o períodos que determinen la ley y los estatutos.»

En base a esté régimen esta Dirección General ha afirmado que el presupuesto de aplicación del artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital es la falta de convocatoria de la junta general ordinaria en el plazo legalmente establecido, no la aprobación de las cuentas anuales. Es el incumplimiento por parte del órgano de administración de la obligación a que se refiere el artículo 164 de la Ley de Sociedades de Capital lo que legitima a cualquier socio a instar la convocatoria por parte del registrador Mercantil. Cumplida la obligación, no existe legitimación para instar la convocatoria de junta general para la aprobación de las cuentas anuales y demás propuestas a que se refiere el artículo 164 de la Ley.

En sede de Registro Mercantil las consecuencias que de la falta de aprobación de las cuentas anuales pueden derivarse vienen reguladas en el artículo 282 de la Ley de Sociedades de Capital y en el artículo 378 del Reglamento del Registro Mercantil. Cualquier otra consideración sobre las causas y las consecuencias que de tal hecho se deriven deben ventilarse, como ha quedado expuesto por extenso, en el procedimiento que corresponda.

En definitiva, teniendo la junta general ordinaria como contenido típico aprobar la gestión social, las cuentas del ejercicio anterior y resolver sobre la aplicación del resultado y siendo válida, aunque se celebre fuera de plazo, resulta con claridad que el interés jurídico que pretende proteger el artículo 169.1 está debidamente cumplimentado si resulta del expediente la debida convocatoria y celebración de la junta. 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. No existe un derecho a que se reitere la convocatoria de junta ordinaria para debatir las mismas cuestiones que ya han sido debatidas y votadas y sin perjuicio de que los socios que lo estimen oportuno ejerzan ante la jurisdicción las acciones que tengan por conveniente.

4. Por lo que se refiere a la denominada junta extraordinaria o junta cuyo orden del día difiere del de la junta ordinaria (art. 165 de la Ley de Sociedades de Capital), su causa de pedir obtiene su amparo del número dos del artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital: «2. Si los administradores no atienden oportunamente la solicitud de convocatoria de la junta general efec-

tuada 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.

Ahora bien, establecido que el socio carece del derecho a que se convoque junta para volver a tratar el contenido de la junta ordinaria es preciso entender que la misma limitación existe para la junta extraordinaria habida cuenta de que la razón de fondo es la misma: el socio tiene derecho a que la junta se pronuncie sobre aquellas cuestiones que sean objeto de su competencia (art. 160 de la Ley de Sociedades de Capital), pero no a obtener un resultado determinado o a que exista una reiteración de convocatoria para tratar cuestiones idénticas o de tal similitud que quepa afirmar su identidad.

Es por este motivo por el que esta Dirección General ha afirmado (*vide* resolución en materia de convocatoria de junta de 30 de mayo de 2017), que si en junta general ya celebrada el socio ha tenido la oportunidad de discutir aquellos aspectos que reclama en su solicitud de nueva convocatoria carece de legitimación para que se vuelvan a tratar en una nueva junta. Dice así la citada resolución: «La cuestión se centra en si la junta celebrada, cuestión indiscutida en este expediente, satisface o no el interés de la minoría por haberse cumplimentado el requisito de: «…incluirse necesariamente en el orden del día los asuntos que hubiesen sido objeto de solicitud.»

Y lo cierto es que así ha sido. Téngase en cuenta que el solicitante no pide la inclusión en el orden del día de ningún asunto que pueda ser objeto de votación por la junta general, sino de asuntos que afectan al derecho de información (1. Actual situación de la actividad de la compañía. 2. Estado real de las deudas, en su caso, de la compañía). La junta general convocada incluye en su orden del día cuestiones si sujetas a votación y que además permiten la deliberación sobre cualquier cuestión económica relativa a la sociedad (aprobación de las cuentas de los ejercicios 2010 a 2015, ambos inclusive, de la aplicación del resultado y de la gestión social), lo que permite tener por cumplimentada

la solicitud del hoy recurrente. El acta notarial de la junta que forma parte de este expediente así lo acredita: quien compareció en representación del recurrente tuvo la oportunidad de presentar las cuestiones que tuvo por conveniente y de hacer los comentarios que estimó oportunos. Si la respuesta recibida no fue satisfactoria escapa por completo del ámbito de este expediente sin perjuicio, como queda razonado por extenso, del posible ejercicio de las acciones contempladas en el ordenamiento.»

En el mismo sentido se expresa la resolución en materia de convocatoria de juntas de fecha 18 de septiembre de 2017 en la que, ante la reiteración de solicitud de convocatoria por parte de un socio, se afirma lo siguiente: «Resulta por tanto indiscutible que la finalidad de la convocatoria, que no es otra que la de llamar a los socios a reunirse, ha sido debidamente cumplimentada. Resulta igualmente indiscutible que ni la convocatoria garantiza que los socios acudan a la reunión ni, mucho menos, que los acuerdos propuestos vayan a ser alcanzados o, incluso, discutidos. Lo que no puede pretender el recurrente es que la junta general realizada como consecuencia de su requerimiento y que ha resultado infructuosa, se considere como no hecha como consecuencia de la falta absoluta de acuerdos entre los socios.

La evidente situación de conflicto que existe en la sociedad y entre los socios debe encontrar su vía de solución en los cauces adecuados, pero no puede dar lugar a la reiteración de un acto que se ha llevado a cabo si bien con un resultado distinto al deseado por el solicitante.»

5. A la luz de las consideraciones anteriormente llevadas a cabo no puede estimarse la solicitud en cuanto a su primera causa de pedir. El solicitante afirma que de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de fecha 12 de diciembre de 2017 resulta la reapertura del periodo de liquidación, así como la necesidad de reformular las cuentas desde el ejercicio 2013 y de someterlas nuevamente a aprobación de la junta general (desde el ejercicio 2007).

Comenzando por esta última afirmación el solicitante hace supuesto de la cuestión pues la sentencia en que basa su afirmación no lleva a cabo declaración al respecto, limitándose a afirmar, en los términos que se reseñan en los hechos, que la existencia de un crédito no contabilizado en el balance final impide tener a este por aprobado. Téngase en cuenta que la falta de aprobación de las cuentas anuales no conlleva necesariamente su reformulación ni la obligación de volver a presentarlas a la aprobación de la junta. Siendo obligación del órgano de administración la formulación de las cuentas anuales (art. 253 de la Ley de Sociedades de Capital), a él le corresponde la obligación de ponderar las circunstancias y, en su caso, de tomar la decisión sobre si procede o no la subsanación de errores o reformulación de las cuentas anuales. No corresponde a esta Dirección General en el estrecho ámbito de este expediente afirmar una u otra cosa sin perjuicio del derecho que al socio corresponde de acudir a la jurisdicción para obtener una declaración al respecto. Lo que corresponde decidir en el ámbito de este expediente es si presentadas a la

junta general de la sociedad las cuentas correspondientes a los ejercicios anteriores al balance final (cuestión que no se pone en cuestión), procede ahora dar cauce a la solicitud de que se convoque junta para que se vuelvan a presentar. La respuesta sólo puede ser negativa tal y como ha quedado razonado por extenso.

La misma respuesta negativa merece la solicitud en cuanto a que se presenten las cuentas de los ejercicios posteriores al balance final de liquidación rechazado en dos ocasiones por la junta general de la sociedad. El solicitante vuelve a hacer supuesto de la cuestión al afirmar que la consecuencia directa de la sentencia de la Audiencia es la reapertura del periodo de liquidación y la formulación de un nuevo balance final, así como la formulación de las cuentas anuales de los ejercicios posteriores a su presentación y rechazo por la junta general. Ni dichas afirmaciones resultan de la sentencia ni esta Dirección puede pronunciarse al respecto. La sentencia afirma que el liquidador debe reclamar el crédito puesto de manifiesto y actuar en consecuencia, pero de aquí no resulta en absoluto que no existan operaciones de liquidación ya practicadas y finalizadas ni de que la existencia de un activo sobrevenido implique la retroacción de efectos en los términos expresados. Con independencia de que, a falta de una expresa previsión legal, la solución pudiera ser otra (398.1 de la Ley de Sociedades de Capital en relación con los artículos 25 y 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), corresponde al órgano de administración de la sociedad la valoración de la situación producida así como de las acciones que pudieran derivarse. Esta Dirección General no puede amparar la solicitud porque siendo hechos incontrovertidos que ha existido un balance final, que el mismo ha sido sometido a votación y que no procede la formulación de cuentas anuales con posterioridad al balance final, no procede admitir la solicitud de que se convoque junta general para aprobar las cuentas de ejercicios posteriores a dicho balance.

Se desestima la primera causa de pedir de la solicitud presentada.

6. La misma suerte desestimatoria le corresponde a la segunda causa de pedir relativo al «Informe escrito del estado actual de liquidación, con referencia a las demandas y ampliaciones formuladas, el estado actualizado de las cuentas y valoración del activo social.»

Establecido en el número anterior la improcedencia de la convocatoria solicitada en relación a la aprobación de las cuentas anuales correspondientes a periodos anteriores y posteriores a la formulación del balance final, sin que exista una declaración judicial en contrario, no procede la convocatoria de una junta general con efectos meramente informativos como pretende el solicitante.

Como resulta de la regulación de nuestra Ley de Sociedades de Capital (art. 160), la competencia de la junta general es esencialmente decisoria res-

pecto de aquellas cuestiones que por imperativo legal o estatutario deben someterse a su aprobación. Es en relación al ejercicio de esta competencia que la Ley regula el derecho de información de los socios con la finalidad de que al tiempo de la celebración de la junta general puedan tener la información suficiente que les faculte para emitir su voto con plenitud de conocimiento (art. 272 de la Ley de Sociedades de Capital, entre otros). Fuera de estos supuestos la Ley no regula un derecho individual a la información ni mucho menos un derecho a que se convoque la junta general para ofrecer información a los socios.

El derecho de información a que se refiere el artículo 93 d) de la Ley de Sociedades de Capital (desarrollado en los artículos 196 y 197, entre otros, del mismo cuerpo legal), ha sido debidamente delimitado por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (*vide* sentencias 766/2010, de 1 diciembre, 204/2011, de 21 marzo y 986/2011 de 16 enero, entre otras), que tiene declarado que el socio «no puede demandar cualquier información de la sociedad sobre cualquier extremo y en cualquier momento», siendo preciso que «…las informaciones o aclaraciones que estime precisas y las preguntas que estimen pertinentes –juicio de valor que corresponde en exclusiva al accionista– estén comprendidos en el orden del día o tengan la condición de conexos con él.»

Es cierto, no obstante, como señala el recurrente, que el artículo 388.1 dispone que: «Los liquidadores harán llegar periódicamente a conocimiento de los socios y de los acreedores el estado de la liquidación por los medios que en cada caso se reputen más eficaces.», pero esta obligación del liquidador ni se traduce en un correlativo derecho individual del socio ni le atribuye la facultad de convocar la junta con ese fin. Cuestión distinta es si el liquidador incumple su obligación en los términos en que el socio considera que debería ser ejercitada pero dicha cuestión escapa por completo del objeto del presente expediente como se ha razonado por exceso en las consideraciones anteriores.

En consecuencia, sin necesidad de determinar si las cuestiones de cuyo contenido se solicita información coinciden o no con las tratadas en una junta general anterior o si la existencia de un procedimiento de impugnación incide o no en el contenido de la presente, (ex artículo 6 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria), procede la desestimación de la solicitud por los motivos expresados.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Valladolid, doña María Esther Pérez Ruiz de fecha 12 de abril 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 junio de 2019 (4.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sra. registradora de Valladolid.

Resolución de 7 de agosto de 2019 (1.ª)

En el expediente 3/2019 sobre convocatoria de Junta General a instancia de un socio de la mercantil «Los Colosos Guanches, S.L.».

HECHOS

I

Don …… presentó escrito de fecha 11 de febrero de 2019 dirigido al Registro Mercantil de Tenerife, en el que tuvo su entrada el mismo día 11 de febrero de 2019 citado, acompañado de otro de fecha 1 de febrero de 2018 *(sic)*, por medio de los que solicitó, al amparo del artículo 169.2 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio de la mercantil «Los Colosos Guanches, S.L.», en concreto, manifestando ser titular de más del 5 % del capital social, la convocatoria de junta general de la sociedad por darse los presupuestos establecidos en dicho precepto.

II

Del escrito de solicitud resulta:

a) Que en acta autorizada por el notario de Santa Cruz de Tenerife don Antonio Lopera Perales, el día 21 de septiembre de 2018 con número de protocolo 1387, requirió al administrador societario la convocatoria de la junta general lo cual acredita por copia del acta notarial que adjunta a la solicitud; lo anterior, con el orden del día que se dice a continuación, en la parte que a este recurso interesa y como consta por extenso en el expediente obrante en esta Dirección General.

b) Censura y control de la gestión social del administrador único relativa al ejercicio 2017. Se requiere la puesta a disposición de los socios, en el marco del presente punto del orden del día de la información detallada sobre los estados contables del ejercicio 2017, especificando las partidas en particular.

c) Censura y control de la gestión social del administrador único relativa al ejercicio 2018. Se requiere la puesta a disposición de los socios, en el marco del presente punto del orden del día, de la información detallada sobre los estados contables del ejercicio 2018 hasta el día de la fecha, especificando asimismo las partidas en particular.

d) Igualmente se requería para que, de conformidad con la previsión contenida en el artículo 203.1 de la LSC, se procediera a solicitar la presencia de notario a fin de que se levante la oportuna acta notarial de Junta General de Socios.

e) Termina su escrito el interesado señalando que no habiendo atendido el administrador el requerimiento notarial de convocatoria de Junta en los dos meses siguientes, se solicita la convocatoria registral de la junta general, conforme al artículo 169.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

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

III

Con fecha el 11 de febrero de 2019, por la Registradora Mercantil de Tenerife II, doña Ana Margarita López Rubio, se lleva a cabo una primera notificación a la sociedad «Los Colosos Guanches, S.L.» de la apertura del expediente en cuestión. Posteriormente, tiene lugar un segundo intento de notificación realizado el 18 de febrero de 2019 y, por imposibilidad de la notificación, la publicación en el BOE el día 25 de febrero de 2019; todo lo anterior con el resultado que consta en el expediente.

IV

La Registradora Mercantil de Tenerife II, doña Ana Margarita López Rubio, dictó resolución de fecha 6 de marzo de 2019 por la que acordó desestimar la solicitud de convocatoria de las juntas generales planteadas porque, en cuanto a las cuentas del ejercicio 2017, ya fueron aprobadas por unanimidad en Junta general universal de fecha 11 de julio de 2018, las cuales se encuentran depositadas en este Registro Mercantil y, en cuanto a las cuentas del ejercicio 2018, porque a fecha del requerimiento no ha transcurrido el plazo legal establecido para poder convocar la Junta para censurar las cuentas del ejercicio 2018, ni tampoco a la fecha de la presentación de la solicitud de convocatoria.

V

Don …… por escrito de fecha 4 de abril de 2019, que tuvo entrada en el registro mercantil de Tenerife el día 5 de abril de 2019, interpuso recurso ante esta Dirección General contra la citada resolución de fecha 6 de marzo de 2019, en base al argumento esencial de que en ningún caso se está solicitando la convocatoria de la Junta General Ordinaria de los ejercicios que se indican, toda vez que es evidente que la junta ordinaria relativa el ejercicio 2017 ya se ha celebrado y la correspondiente al ejercicio 2018 se encontraba en plazo. En este sentido, las desavenencias surgidas entre los socios con posterioridad a la aprobación de cuentas del ejercicio 2017, han suscitado la necesidad de convocatoria de Junta Extraordinaria que permita a los socios que ostentan un derecho de información reforzado, por ser titular de más del 23 % del capital social de la sociedad, acceder a información sensible de ésta a fin de dar cumplimiento a su obligación de control de la gestión social.

VI

La Registradora Mercantil de Tenerife II, doña Ana Margarita López Rubio, emite informe con fecha 12 de abril de 2019, formando el expediente correspondiente y elevando el mismo a este Centro Directivo, en el que tuvo su entrada con fecha 12 de abril de 2019.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 68, 78, 79, 84, 107, 113 y 114 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 166 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, 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. En primer lugar, y como ha afirmado este Centro Directo en sus resoluciones de 7 y 9 de marzo de 2016, el objeto de este expediente no reside en resolver las cuestiones que las partes involucradas hayan podido poner de manifiesto en los distintos escritos que se han presentado.

Conviene por tanto aclarar desde el primer momento que el objeto de este expediente tiene el limitado alcance definido por el artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital: determinar si concurren o no los requisitos para la convocatoria de Junta General de sociedad de capital por el registrador mercantil. La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la Constitución Española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial). Consecuentemente, no se llevará a cabo ningún pronunciamiento en relación a las cuestiones planteadas por el interesado en este expediente y que son ajenas a su naturaleza y objeto. 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. Las mismas resoluciones a que se ha hecho referencia en el apartado anterior ponen de manifiesto como la atribución competencial a los registradores mercantiles llevada a cabo por la reforma que de la Ley de Sociedades de Capital ha llevado a cabo la disposición final decimocuarta de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, no debe confundirse con la de calificación que le atribuye el artículo 18 del Código de Comercio, que constituye el núcleo de su función y que se rige por las reglas generales contenidas en el propio Código y en sus normas de desarrollo. La competencia de tramitar el expediente de convocatoria de Junta General de una sociedad de capital debe encuadrarse entre aquellas a las que se refiere el artículo 16.2 del Código de Comercio y que vienen desarrolladas en el Título Tercero del Reglamento del Registro Mercantil que expresivamente se denomina «De otras funciones del Registro Mercantil».

Esta Dirección General ha afirmado en múltiples ocasiones en sede de recursos en materia de nombramiento de auditores a instancia de la minoría *(vid.* Resoluciones de 26 de junio y 28 de julio de 2014, por todas), así como en materia de generación o renovación del código identificador de persona jurídica (*vide* resolución de 16 de julio de 2015), que determinadas funciones encomendadas legalmente al registrador se encuadran en esas «otras funciones del Registro», a que se refiere el artículo 16.2 del Código de Comercio, funciones que son distintas de las relativas a la inscripción de los empresarios y sus actos (art. 16.1 del Código de Comercio). A diferencia de ésta, presidida por la función calificadora como control de legalidad que en aras del interés público a que responde la publicidad registral es llevado a cabo por el Registrador Mercantil de forma unilateral y objetiva, en los expedientes sobre nombramiento de auditores existe un foro de contraposición de intereses que ha de resolver el registrador como órgano de la Administración (Resolución de 15 de julio de 2005). De este modo, la decisión del Registrador Mercantil declarando la procedencia o no de la convocatoria de Junta General no tiene el carácter de calificación registral, sino que es un acuerdo adoptado por quien en este procedimiento regulado en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil es la autoridad pública competente para resolver la solicitud (Resoluciones de 13 de enero de 2011 y 10 de julio de 2013, entre otras). De aquí se derivan importantes consecuencias como son el escaso rigorismo formal del procedimiento (por todas, Resolución de 21 de julio de 2010), la existencia de un sistema de recursos distinto del previsto para la calificación registral, y la aplicación subsidiaria de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en lo no previsto por una norma específica.

La misma doctrina es aplicable al expediente registral a través del que se da respuesta a la solicitud prevista en el artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital. En definitiva, que como ocurre con la competencia de nombramiento de expertos independientes y auditores o la de gestionar el denomi-

nado código identificador de entidades jurídicas, la de convocar juntas generales no es propiamente una función de calificación.

3. Finalmente, las resoluciones de continua referencia pusieron de manifiesto como la ausencia de un procedimiento registral específico para que el Registrador Mercantil lleve a cabo el ejercicio de su competencia, a la espera de una futura reforma del Reglamento del Registro Mercantil, mereció la atención de esta Dirección General de los Registros y del Notariado que en su resolución de contestación de consulta de 20 de noviembre de 2015, puso de manifiesto como en relación al procedimiento que debe seguirse para tramitar expedientes desjudicializados de Jurisdicción Voluntaria por el Registrador Mercantil suele existir en la Ley, en los distintos expedientes, una remisión expresa a lo previsto para ello en el Reglamento del Registro Mercantil. Así, en el artículo 40 del Código de Comercio; artículos 139 y 140 de la Ley de Sociedades de Capital; artículo 266.2 de la Ley de Sociedades de Capital; artículo 377 de la Ley de Sociedades de Capital; artículo 381.2 y artículo 422 de la Ley de Sociedades de Capital. Falta sin embargo remisión expresa al Reglamento del Registro Mercantil en los supuestos de convocatoria de junta por el registrador (cfr. arts. 169 y 170 de la Ley de Sociedades de Capital) o en la separación y sustitución de liquidadores (arts. 380 y 389 de la Ley de Sociedades de Capital). En estos casos de ausencia de una remisión expresa al Reglamento del Registro Mercantil es preciso entender que se aplicará el procedimiento que allí estuviere contemplado. De hecho, en materia de convocatoria registral de junta, nada se dice sobre las normas a las que se ajustará el procedimiento y, sin embargo, en sede de convocatoria de asamblea el artículo 422.3 de la Ley de Sociedades de Capital sí se contiene una expresa remisión al Reglamento del Registro Mercantil.

Por tanto, 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 debiéndose permitir al empresario o sociedad formular oposición, lo establecido en cuanto a auditores en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

A diferencia del procedimiento previsto en materia de nombramiento de expertos independientes por el Registrador Mercantil (en que solo se contempla la posibilidad de formular oposición en el caso de la recusación del nombrado), en el de nombramiento de auditores siempre ha existido un trámite por escrito de audiencia que permite ventilar la contradicción dentro del procedimiento. Se trata de una controversia que carece de relevancia contenciosa en los términos del artículo 1.2 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria y que, a diferencia de lo previsto en la vieja Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, no

obliga a acudir a la jurisdicción contenciosa *(vid.* art. 17.3 2.º de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa).

Consecuentemente se aplicarán, en primer lugar, las reglas particulares del procedimiento previsto en materia de auditores (que contiene un mecanismo procedimental para solventar la audiencia de la sociedad) contenidas en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil. En lo no previsto, cabe la aplicación supletoria de primer grado de lo establecido en el propio Reglamento del Registro Mercantil en materia de nombramiento de expertos independientes *(vid.* art. 364 del Reglamento del Registro Mercantil). Hay una aplicación supletoria de segundo grado de lo establecido en el procedimiento registral común e hipotecario *(vid.* art. 80 del Reglamento del Registro Mercantil sobre remisión al Reglamento Hipotecario) y, en fin, en lo no previsto aún, cabe entender con la doctrina Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de expedientes de expertos y auditores, que existe una supletoriedad de tercer grado de la legislación acerca del procedimiento administrativo común.

4. Establecido el objeto, la naturaleza de este expediente y el marco normativo aplicable, resta por analizar los requisitos que la Ley de Sociedades de Capital exige para que el Registrador Mercantil pueda llevar a cabo la convocatoria de junta general.

De acuerdo con el artículo 169.1 de la Ley de Sociedades de Capital dos son los requisitos que deben ponerse de manifiesto en el expediente registral: que la convocatoria sea solicitada por un socio de la sociedad y que el registrador de audiencia al órgano de administración. Aún quedaría un presupuesto adicional y es que la junta general no haya sido debidamente convocada en el plazo legal o estatutariamente previsto, circunstancia que no siempre resultará del registro y que, en su caso, podrá ser puesta de manifiesto a lo largo de la tramitación del expediente.

En el supuesto del número dos del precepto es igualmente requisito adicional que el órgano de administración no haya atendido la solicitud de convocatoria de la junta general efectuada por la minoría, circunstancia que deberá resultar del expediente.

En relación al requisito de la audiencia al órgano de administración y como ha puesto de relieve la Resolución de consulta de 20 de noviembre de 2015, se trata de un requisito indispensable que el Registrador Mercantil debe llevar a cabo aun cuando el órgano de administración de la sociedad se encuentre caducado en base a la doctrina jurisprudencial del administrador de hecho y de la persistencia de su obligación de velar por el interés social; requisito que resulta cumplido en la forma expuesta en los hechos de esta resolución, según obra en el expediente.

Por lo que se refiere a la legitimación activa para iniciar el procedimiento, el artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital la reconoce a cualquier persona física o jurídica que ostente la cualidad de socio. Como resulta de la consolidada doctrina de esta Dirección General en materia de nombramiento

de auditor a instancia de socio minoritario (art. 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital), la ausencia de rigor formal en la tramitación del expediente permite a quien reclama tal condición ponerla de manifiesto por cualquier medio de prueba y a la sociedad, en su caso, refutarla. La cuestión ha sido reiteradamente abordada por este Centro Directivo que ha entendido suficiente, a los efectos de justificar la condición de socio, la aportación de un principio de prueba por escrito, pues se estima que el Reglamento del Registro Mercantil –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 el solicitante no reúne tal condición, pretendiendo con ello no introducir un desequilibrio en el principio de igualdad jurídica de las partes intervinientes que evidentemente la Ley no pretende *(vid.* Resoluciones de 11 de marzo, 30 de julio, 12 de septiembre de 2014 y 11 de marzo de 2015 entre otras muchas, así como el apartado sexto de la Resolución de consulta de 20 de noviembre de 2015). En el caso objeto de recurso, esta legitimación activa no ha sido discutida por la mercantil.

5. En cuanto a la cuestión del plazo, que es el objeto de recurso, hay que tener en cuenta que según resulta de la solicitud del interesado, la misma se refiere a dos ejercicios distintos, 2017 y 2018, como resulta del hecho II, y para cada uno de ellos el motivo o fundamentos de derecho que llevan a su desestimación es distinto como veremos a continuación; en cualquier caso, aun siendo distintos los motivos de desestimación, llevan a la misma conclusión que es la de la desestimación del recurso presentado.

6. Así, y en cuanto a la solicitud de convocatoria de junta relativa a la censura y control de la gestión social del administrador único correspondiente al ejercicio 2017 con el contenido a que se refiere el hecho II, según resulta del expediente, dichas cuentas fueron aprobadas por unanimidad en junta general universal de fecha 11 de julio de 2018 y se encuentran depositadas en el Registro Mercantil de Tenerife, por lo que no procede ya convocatoria alguna al respecto; no existiendo interés protegible alguno.

En este sentido, hay que recordar lo dispuesto en el artículo 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».

7. Por lo que se refiere a la solicitud de convocatoria relativa a la censura y control de la gestión social del administrador único correspondiente al ejercicio 2018 con el contenido a que se refiere el hecho II, según resulta del expediente, ni a la fecha de presentación del preceptivo requerimiento ni a la de la solicitud ni a la de presentación de este recurso ha transcurrido siquiera el plazo legal para llevar a cabo la convocatoria de junta para censurar las cuentas del ejercicio 2018 solicitado. El artículo 164 de la Ley de Sociedades de Capital dispone en este punto que «la junta general ordinaria, previamente convocada al efecto, se reunirá necesariamente dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio, para, en su caso, aprobar la gestión social, las cuentas del ejercicio anterior y resolver sobre la aplicación del resultado». No resultando otra cosa del expediente, es evidente que dicho plazo, seis primeros meses del ejercicio, no ha transcurrido a la fecha del requerimiento que tuvo lugar con fecha 21 de septiembre de 2018, ni a la de la solicitud, que se presentó con fecha 11 de abril de 2019. Lo anterior, sin perjuicio de que, transcurrido el plazo legal, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital, si la junta general ordinaria o las juntas generales previstas en los estatutos, no fueran convocadas dentro del correspondiente plazo legal o estatutariamente establecido, podrá serlo, a solicitud de cualquier socio, previa audiencia de los administradores, por el Secretario judicial o Registrador Mercantil del domicilio social.

8.–Por todo lo anterior, procede la confirmación de la resolución de la Registradora Mercantil de Tenerife II, doña Ana Margarita López Rubio, de fecha 6 de marzo de 2019 por la que acordó desestimar la solicitud de convocatoria de junta general.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso y confirmar la resolución de la Registradora Mercantil de Tenerife II, doña Ana Margarita López Rubio, de fecha 6 de marzo de 2019 por la que acordó desestimar la solicitud de convocatoria de las juntas generales.

Lo que, con devolución del 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, 7 de agosto de 2019 (1.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sra. Registradora Mercantil de Tenerife.

Resolución de 7 de agosto de 2019 (2.ª)

En el expediente CJ-/2019 sobre convocatoria de Junta General a instancia de socios de «Herbania, S.A.».

HECHOS

I

Don J. P. S. H., y don L. E. S. R., actuando este último en representación de la compañía «Pedesiero, S.L.», presentaron un escrito de fecha 30 de enero de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Las Palmas de Gran Canaria, en el que tuvo su entrada el día 13 de febrero de 2019, en el que solicitaron, al amparo del artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital y como socios de la mercantil «Herbania, S.A.», la convocatoria de Junta General de la sociedad por darse los presupuestos establecidos en dicho precepto.

Del escrito de solicitud y de la documentación que le acompaña resulta:

a) Que ambos socios ostentan un 5.11 % del capital social de la compañía «Herbania, S.A., en liquidación», como resulta de la documentación que se acompaña, constando inscritos tres liquidadores según resulta del Registro Mercantil.

b) Que en fecha 27 de noviembre de 2018 solicitaron de los liquidadores la convocatoria de junta general mediante acta notarial autorizada por el notario de Las Palmas de Gran Canaria don Carlos José Jarabo Rivera sin que se haya convocado junta alguna. Los liquidadores contestaron al requerimiento dentro de la misma acta.

Específicamente solicitan del registrador mercantil:

a) Que lleve a cabo la convocatoria de Junta General con el orden del día siguiente: Primero: ampliación del objeto social y, en consecuencia, modificación del artículo 2 de los estatutos sociales. Segundo: adopción de acuerdos relativos a la gestión e intervención de la compañía en la actividad y en los órganos sociales de la sociedad participada Inversiones y Gestiones turísticas S. A., tanto en la junta general como en el órgano de administración de esta sociedad. Tercero: reactivación de la compañía. Cuarto: Cese de cualesquiera administradores o liquidadores que tuviera la compañía. Quinto: determinación del número de miembros del consejo de administración. Nombramiento de consejeros. Sexto: Nombramiento de liquidadores solo para el caso de que no se hubiese acordado la reactivación de la compañía. Séptimo: Reparto de dividendos con cargo de reservas de libre disposición.

Octavo: delegación de facultades para la ejecución y elevación a público de los acuerdos adoptados.

b) Que la convocatoria se lleve a cabo para la celebración de la junta general en el domicilio social y por medio de cartas remitidas por correo certificado o similar.

c) Que designe como presidente de la Junta General a celebrar a «Pedeiero, S.L.» y secretario a notario competente quien deberá levantar acta de la junta general (o que sea designado por el Colegio notarial de Las Palmas).

De acta de requerimiento y notificación, que se acompaña, autorizada por el notario de Las Palmas de Gran Canaria don Carlos José Jarabo Rivera en fecha 27 de noviembre de 2018 y de su diligencia del mismo día resulta la entrega de la cédula de notificación en el domicilio designado al efecto. De diligencia de contestación de fecha 29 de noviembre de 2018 resulta la comparecencia de uno de los liquidadores de la sociedad ante el notario al efecto de entregar al notario un escrito que se encuentra igualmente firmado por los otros dos liquidadores de la sociedad. De dicho documento resulta lo siguiente de interés para este expediente: Que, si bien son los liquidadores con cargo inscrito en el Registro Mercantil, determinado socio de la sociedad presentó demanda de impugnación de los acuerdos sociales adoptados en las juntas celebradas los días 19 de marzo de 2014 y 8 de marzo de 2016 en las que se acordó la disolución de la sociedad y la designación de liquidadores. Que en la pieza separada de medidas cautelares dimanantes del procedimiento ordinario 174/2016 seguido ante el juzgado de lo mercantil núm. 2 de Las Palmas recayó auto de fecha 4 de agosto de 2016 por el que se acordó la anotación preventiva de la demanda en el Registro Mercantil y la suspensión de efectos de los acuerdos adoptados en las citadas juntas generales, así como los posteriores que de ellos traigan causa. Que entre estos acuerdos se encuentras los de fecha 1 de junio de 2016 de designación de liquidadores que son los que actualmente constan inscritos en el Registro Mercantil. Que como consecuencia de dicha actuación y del previo cese de los administradores en su día designados, la sociedad se encuentra en la actualidad sin representación orgánica con cargo vigente y no suspendido y por tanto sin que puedan llevar a cabo la convocatoria solicitada.

II

Mediante escrito de fecha 18 de febrero de 2019 don N. V. de P., actuando en su propio nombre y derecho y, además, como apoderado de las mercantiles I. P. VIMES S.L. y DFS-UR MARTORELL, S.L., se dirige al Registro Mercantil de Las Palmas para hacer constar que ha tenido conocimiento del escrito de solicitud de convocatoria de junta general y para hacer constar su oposición tanto en su condición de representante de las compañías citadas, que son socios de la sociedad «Herbania, S.A.» como como persona física que, a tenor de lo dispuesto en el fallo de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Las Palmas de 21 de marzo de 2014 (juicio ordinario 141/2013), recientemente confirmada en casación por la Sala la del Tribunal Supremo (STS 9 de octubre de 2018, recurso de casación e infracción procesal núm. 3898/2015), debe ser considerada como liquidador de «Herbania, S.A. en liquidación» por los siguientes motivos: 1.º Que la sociedad se encuentra en liquidación como resulta del Registro Mercantil y ha confirmado el Tribunal Supremo en sentencia de nueve de octubre de 2018 que ha venido a confirmar en casación la previa sentencia del Juzgado de lo mercantil número uno de Las Palmas de 21 de marzo de 2014, que se acompañan. Que del fallo de la sentencia confirmada resulta la declaración de disolución de la sociedad y el cese de los administradores y su conversión en liquidadores, declaración que es preciso respetar. Que según resulta del contenido del Registro Mercantil dichos administradores cesados y convertidos en liquidadores son don A. H. V., don J. I. Z. K. y quien suscribe el escrito. De lo anterior resulta que el requerimiento notarial no ha sido

dirigido a las personas que ostentan la cualidad de liquidadores de la sociedad. Que, en consecuencia, los liquidadores de la sociedad no han tenido oportunidad de atender al requerimiento de convocatoria de junta general. Que el requerimiento se ha dirigido a unas personas que no tienen la cualidad de liquidadores por tener sus cargos suspendidos cautelarmente por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Las Palmas y anulados judicialmente por sentencia del propio Juzgado de lo Mercantil núm. 1, de 17 de septiembre de 2018 que si bien ha sido objeto de apelación, sin duda contiene argumentos jurídicos objetivos que determinan la nulidad del acuerdo. 2.º Que el registrador no puede convocar una junta general estando vigente una medida cautelar que deja en suspensión la designación de los liquidadores que constan inscritos en el Registro Mercantil. Que según resulta del auto de suspensión se dicta: «orden judicial de abstenerse de realizar cualesquiera conductas, actuaciones, acuerdos u operaciones de liquidación de la compañía o meramente relacionadas con dicha liquidación.» 3.º Que no procede la convocatoria de junta al amparo del artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital por estar ante la situación, no desconocida por los solicitantes, del artículo 377 de la propia Ley de Sociedades de Capital

De copia de la sentencia dictada el 17 de septiembre de 2018 por el Juzgado de lo mercantil núm. 1 de Las Palmas en los autos del procedimiento ordinario 197/2017, que se acompaña, resulta de su fallo la declaración de nulidad de los acuerdos adoptados en la junta general de la sociedad celebrada el día 1 de junio de 2016, ordenando la cancelación de los asientos producidos en el Registro Mercantil.

De copia de la sentencia 556/2018 del Tribunal Supremo de fecha 9 de octubre de 2018 resulta la casación de la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 31 de julio de 2015 en el procedimiento 288/2014 con desestimación del recurso contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Las Palmas de Gran Canaria de fecha 21 de marzo de 2014, procedimiento 141/2013.

De copia de esta última resulta en su fallo lo siguiente: declaración judicial de la disolución de la sociedad «Herbania, S.A.» por concurrencia de causa legal y estatutaria; orden de inscripción en el Registro Mercantil; orden de apertura de la fase de liquidación y en ejecución el cese de administradores y su designación como liquidadores.

III

Mediante escrito de fecha 25 de abril de 2019, que tuvo entrada en el Registro Mercantil el día 30 inmediato posterior, don F. J. S. L., don F. T. B. y don R. H. G. T., como liquidadores de la sociedad con cargo inscrito y suspendido, y el primero, además, como consejero delegado de la sociedad «Promotora de Negocios e Inversiones Canarias, S.L.», accionista mayoritario de la sociedad «Herbania, S.A.», manifiestan ante el registrador lo siguiente habiendo tenido conocimiento de la presentación del escrito anterior: 1.º La diligencia del ordenación del juzgado de lo mercantil núm. 1 de Las Palmas de fecha 10 de abril de 2019 por la que se ordena la inscripción como liquidadores de don N. V. de P. y de don J. I. Z. K., no es firme al encontrarse recurrida. 2.º Que existen obstáculos registrales que impiden la citada inscripción de conformidad con las circunstancias y argumentos que por extenso se relacionan.

IV

El Registrador Mercantil de Las Palmas de Gran Canaria núm. 1, Don Francisco de Asís Fernández Rodríguez dictó resolución en fecha 29 de abril de 2019 por la que acordó desestimar la solicitud de los socios de que lleve a cabo la convocatoria de una junta gene-

ral. La resolución se fundamenta, en esencia, en la incompatibilidad entre el contenido del registro y el contenido de las resoluciones judiciales traídas al expediente, en particular, de la sentencia 556/2018 del Tribunal Supremo de fecha 9 de octubre de 2018 por la que se declara la desestimación del recurso contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Las Palmas de Gran Canaria de fecha 21 de marzo de 2014, procedimiento 141/2013.

V

Don J. P. S. H. y don F. S. R., actuando en su propio nombre y derecho y, además, el segundo como administrador de la sociedad «Pedesiero, S.L.», por escrito de fecha 23 de mayo de 2019, que tuvo entrada el 24 de mayo posterior en el Registro Mercantil de Las Palmas de Gran Canaria, interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base, resumidamente, a los siguientes argumentos: «1.º Que el requerimiento notarial de convocatoria de junta de fecha 27 de noviembre de 2018 fue remitido a los liquidadores de la sociedad sin especificar su nombre; es decir, cualquiera que ostentara dicha condición y al domicilio social. Que las disputas existentes sobre quien ostenta dicha condición no puede impedir a los socios minoritarios el ejercicio de su derecho de convocatoria de junta dada la insostenible situación jurídica de la sociedad. 2.º Que la resolución incumple la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado que obliga a convocar junta cuando concurran los requisitos del artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital. Que de acuerdo con dicha doctrina se ha acreditado el cumplimiento de todos los requisitos exigibles por cuanto los socios solicitantes ostentan más del 5 % del capital social; se solicitó por medio de requerimiento notarial la convocatoria de junta general; no se convocó ni celebró la junta solicitada. Que así lo entendió la resolución de la Dirección General de fecha 9 de marzo de 2016 referida a la misma sociedad y la posterior de 7 de febrero de 2018. Que de las citadas resoluciones resulta la necesidad de que el juicio del registrador lo sea de legalidad y no de oportunidad. Que son los propios promotores del expediente los que proporcionaran la lista de socios y en su caso, las cartas de convocatoria de donde resulta indiferente quien ostente la condición de liquidador pues el registrador podrá llevar a cabo su obligación de convocar la junta general. 3.º Que el contenido de la resolución impugnada es contrario a la doctrina de la propia Dirección General de los Registros y del Notariado y del Tribunal Supremo sobre la necesidad de evitar la acefalia de la sociedad (con cita de sentencias y resoluciones). Que dicha doctrina se resume en la necesidad de evitar situaciones de acefalia que supongan la paralización de la vida social. De este modo la resolución del registrador, lejos de impedir dicha situación no hace sino prolongarla. 4.º Que el contenido de la convocatoria es plenamente coherente con la situación registral pues trata de remover la causa que provocó la disolución de la sociedad. Que la sentencia de 21 de marzo de 2014 (confirmada por el Tribunal Supremo), no lleva a cabo la designación de liquidadores cuestión que confía a un posterior procedimiento de ejecución. Que aun cuando se entendiera que la sentencia es meramente declarativa, no procede la inscripción de la conversión de administradores en liquidadores en el Registro Mercantil por existir obstáculos registrales como es el hecho de que corresponde a la junta de la sociedad, conforme a estatutos, su designación. Que incluso si se considerara lo contrario, el día 19 de marzo de 2014 la sociedad acordó su disolución lo que implicó el cese de los administradores entonces vigente. Que el día 1 de junio de 2016 se celebró junta convocada por el Registro Mercantil en la que se acordó el cese de los administradores y el nombramiento de los liquidadores que actualmente resultan de la inscripción 22 de la hoja social. Que si bien dicha junta ha sido impugnada en procedimiento que continúa sustanciándose se denegó por el juzgado de lo mercantil la adopción de medidas provisionales.»

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. Para la correcta resolución de la presente resulta esencial determinar, en un primer momento, el contenido del registro particular de la sociedad a que este expediente se refiere. De acuerdo a su hoja, la sociedad anónima se encuentra en situación de disuelta y en liquidación como consecuencia de acuerdo de la junta general adoptado en fecha 19 de marzo de 2014 en la que no se designaron liquidadores. Consta igualmente como vigente la inscripción de designación de liquidadores solidarios como consecuencia de los acuerdos adoptados en la junta general celebrada el día 1 de junio de 2016. Consta, finalmente, que como consecuencia de determinada demanda judicial de impugnación de los acuerdos adoptados en la primera junta y en otra posterior de 8 de marzo de 2016 se tomó anotación preventiva de demanda de impugnación con suspensión de efectos de los acuerdos adoptados en las juntas de 19 de marzo de 2014 y 8 de marzo de 2016, así como de los posteriores que de los mismos traigan causa.

Así las cosas, se solicita convocatoria de junta al amparo de lo establecido en el artículo 169.2 de la Ley de Sociedades de Capital en los términos que resultan de la presente.

La solicitud provoca dos respuestas distintas: por un lado, la de los liquidadores con cargo inscrito que afirman que no pueden llevar a cabo la convocatoria solicitada como consecuencia de la medida cautelar a que se ha hecho referencia.

Por otro lado, presenta un escrito una persona que resulta ser administrador con cargo cancelado en el Registro Mercantil y que expone que, por sentencia del juzgado de lo mercantil, confirmada por el Tribunal Supremo, se declara la disolución de la sociedad, así como la conversión de los administradores en liquidadores. Que de lo anterior resulta que el requerimiento ha sido remitido a quienes no ostentaban la condición de liquidadores de la sociedad como confirma otra sentencia del juzgado de lo mercantil que anula los acuer-

dos de fecha 1 de junio de 2016 en cuya virtud se llevó a cabo la inscripción de los liquidadores vigente, sentencia que sin embargo no es firme. Todo ello resulta de los hechos expuestos por extenso en la parte inicial de la presente.

2. Aunque la parte recurrente hace referencia en parte a la doctrina de esta Dirección General de los Registros y del Notariado en materia del objeto de este expediente, es preciso traerla a colación una vez más con el fin de determinar con precisión cuales son los límites en los que opera la competencia de esta Dirección.

Conforme a dicha doctrina, 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 distintos socios y el órgano de liquidación inscrito 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 arts. 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

Por otro lado, la atribución competencial a los registradores mercantiles llevada a cabo por la reforma que de la Ley de Sociedades de Capital ha llevado a cabo la disposición final decimocuarta de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, no debe confundirse con la de calificación que le atribuye el artículo 18 del Código de Comercio, que constituye el núcleo de su función y que se rige por las reglas generales contenidas en el propio Código y en sus normas de desarrollo (*vide* resoluciones en materia de convocatoria de juntas generales de fechas 7 y 9 de marzo, 25 de abril, 15 de junio y 7 de noviembre de 2016). La competencia de tramitar el expediente de convocatoria de Junta General de una sociedad de capital debe encuadrarse entre aquellas a las que se refiere el artículo 16.2 del Código de Comercio y que vienen desarrolladas en el Título Tercero del Reglamento del Registro Mercantil que expresivamente se denomina «De otras funciones del Registro Mercantil».

Esta Dirección General ha afirmado en múltiples ocasiones en sede de recursos en materia de nombramiento de auditores a instancia de la minoría *(vid.* Resoluciones de 26 de junio y 28 de julio de 2014, por todas), así como en materia de generación o renovación del código identificador de persona

jurídica (*vide* resolución de 16 de julio de 2015), que determinadas funciones encomendadas legalmente al registrador se encuadran en esas «otras funciones del Registro», a que se refiere el artículo 16.2 del Código de Comercio, funciones que son distintas de las relativas a la inscripción de los empresarios y sus actos (art. 16.1 del Código de Comercio). A diferencia de ésta, presidida por la función calificadora como control de legalidad que en aras del interés público a que responde la publicidad registral es llevado a cabo por el Registrador Mercantil de forma unilateral y objetiva, en los expedientes sobre nombramiento de auditores existe un foro de contraposición de intereses que ha de resolver el registrador como órgano de la Administración (Resolución de 15 de julio de 2005). De este modo, la decisión del Registrador Mercantil declarando la procedencia de la convocatoria de Junta General no tiene el carácter de calificación registral, sino que es un acuerdo adoptado por quien en este procedimiento regulado en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil es la autoridad pública competente para resolver la solicitud (Resoluciones de 13 de enero de 2011 y 10 de julio de 2013, entre otras). De aquí se derivan importantes consecuencias como son el escaso rigorismo formal del procedimiento (por todas, Resolución de 21 de julio de 2010), la existencia de un procedimiento distinto al propio de la calificación registral, así como la existencia de un sistema de recursos igualmente distinto y, finalmente, la aplicación de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en lo no previsto por una norma específica.

La misma doctrina es aplicable a el expediente registral a través del que se da respuesta a la solicitud prevista en el artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital. En definitiva, que como ocurre con la competencia de nombramiento de expertos independientes y auditores o la de gestionar el denominado código identificador de entidades jurídicas, la de convocar juntas generales no es una función de calificación.

De todo lo anterior resulta por un lado que esta Dirección no puede pronunciarse sobre una cuestión cuyos presupuestos están siendo conocidos por distintos tribunales de justicia y, por otro, que no constituye el objeto de la presente la cuestión de si determinados documentos pueden o no acceder al Registro Mercantil, así como las consecuencias que de ello pudieran derivarse.

3. Las anteriores precisiones son de importancia capital en el presente supuesto en el que, como resulta de los hechos, existe por un lado una declaración judicial firme sobre la disolución de la sociedad y sobre la designación de liquidadores (si bien existe una discrepancia sobre cómo se ejecuta dicha decisión), y, por otro existe una declaración judicial no firme sobre la nulidad de la designación de los liquidadores actualmente inscritos sobre los que, por otro lado, pesa la medida cautelar anotada en el Registro Mercantil.

Así las cosas, es preciso reiterar la doctrina de esta Dirección cuando resulta del expediente la existencia de un procedimiento judicial sobre mate-

rias que puedan afectar al contenido de la resolución a dictar. De acuerdo a la misma, esta Dirección ha repetido 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.».

Por su parte así lo afirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.ª,198/2018 de 28 de marzo para otros supuestos: «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 artículo 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 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria 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 conse-

cuencias que, en su caso, se deriven de las resoluciones judiciales que de ellos se deriven.

De este modo, no procede la suspensión del procedimiento por la mera afirmación de que existe oposición de la sociedad ni tampoco si la parte se limita a afirmar que va a entablar acción o si afirma, pero no acredita, la existencia de un procedimiento judicial cuya resolución pueda afectar al contenido del expediente En este sentido se pronuncian las Resoluciones de la dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de septiembre de 2012, 13 de febrero y 13 de mayo de 2013 (en materia de recursos contra la designación de auditor a instancia de la minoría).

Aplicadas las afirmaciones anteriores al supuesto de hecho resulta con toda claridad por un lado la indeterminación de la persona o personas que ostentan el cargo de liquidador de la sociedad, así como el hecho de que tal circunstancia está siendo objeto de conocimiento por los tribunales de justicia. No es posible en tales circunstancias que en el estrecho ámbito de este expediente se dé una respuesta a la solicitud de convocatoria de junta al amparo de artículo 168 de la Ley de Sociedades de Capital por no resultar a quien corresponde ejercitar el derecho de audiencia a que se refiere el artículo 169.2 de la propia Ley, circunstancia esencial a efectos de la validez de este expediente.

Ante la posibilidad de que el procedimiento se haya desarrollado inaudita parte por no resultar de modo firme la persona a quien corresponda responder en nombre de la sociedad, que evidentemente tiene la condición de interesado (arts. 4.1.c, 53.1.e y 82 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), procede la en primer lugar resolver la suspensión del procedimiento.

Además, procede que esta Dirección, en aplicación de las normas generales en materia de procedimiento (*vide* arts. 47 y 48 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), acuerde la declaración de anulación de actuaciones retrotrayéndolas al momento en que, de acuerdo con las normas citadas en los considerandos anteriores, debió llevarse a cabo la suspensión de su tramitación.

Como resulta del artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil, «… el Registrador trasladará a la sociedad afectada copia de la instancia y de los documentos adjuntos a ella…»

Resulta que el procedimiento se ha tramitado sin el necesario respeto al principio de igualdad entre las partes por indeterminación en las personas a quien corresponde representar a la sociedad. No procede en consecuencia que esta Dirección se pronuncie ahora sobre la cuestión de fondo pues para ello habría sido preciso que la sociedad respecto de la que se solicita la convocatoria de junta hubiera dispuesto de la oportunidad de conocer el contenido de la solicitud y de alegar lo que a su derecho conviniera en los términos previstos en el ordenamiento.

4. Ninguno de los argumentos vertidos en el escrito de recurso puede desvirtuar dichas conclusiones. En primer lugar porque, aun cuando el requerimiento notarial solicitando la convocatoria de junta general no se haya dirigido a personas concretas sino a los liquidadores en general es la incertidumbre existente sobre quienes sean las personas que ostentan el cargo la que determina la imposibilidad de continuar el procedimiento. No es en absoluto irrelevante quien proporciona la respuesta a la solicitud de convocatoria primero y al trámite de audiencia después. Sólo si la persona legalmente legitimada para ello es la que responde, fijando la postura de la sociedad, se puede considerar cumplido el requisito establecido en el artículo 168 primero y en el artículo 169.2, después, en relación con el artículo 379, todos de la Ley de Sociedades de Capital.

Es cierto como pone de relieve el escrito de recurso que la posición jurídica de un socio minoritario puede verse comprometida por la existencia de procedimientos judiciales entablados por otros socios de modo que aquellos vean retrasado o perjudicado el ejercicio de un derecho legalmente reconocido. Pero esta objeción es fácilmente rebatible por cuanto todos los socios y no sólo los que promueven el expediente tienen legitimación para actuar en defensa de su posición jurídica correspondiendo a la Ley determinar en cada caso cuales deban ser las consecuencias de dichos actos. En el que nos ocupa y por aplicación de lo establecido en el artículo 6 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria (*vide* también art. 19), el efecto es la suspensión del expediente en tanto no resulte por sentencia judicial firme cual es la situación jurídica de la que depende la resolución del expediente, tal y como se ha razonado más arriba.

En segundo lugar, no existe violación alguna de la doctrina de esta Dirección General sobre la aplicación de los artículos 168 y 169 de la Ley de Sociedades de Capital en relación a los expedientes de convocatoria de juntas generales por parte del registrador mercantil. Como ha quedado explicado por extenso, es la indeterminación de las personas a quienes corresponde pronunciarse en nombre de la sociedad derivada de la existencia de procedimientos judiciales en marcha, la que impide seguir adelante en esta vía administrativa. Es esta indeterminación la que impide tener por acreditado el conjunto de requisitos legales que condicionan el ejercicio de la competencia por parte del registrador.

Las mismas razones pueden traerse a colación para entender que esta resolución no contradice en modo alguno la doctrina jurisprudencial y de esta propia Dirección sobre el principio de mantenimiento de empresa pues es la propia aplicación de la Ley la que ordena la suspensión del expediente mientras que no quede resuelta judicialmente la cuestión.

Por último, es totalmente improcedente el argumento que afirma la imposibilidad de inscripción de liquidadores en base a la sentencia del juzgado de lo mercantil de 14 de marzo de 2014 confirmada posteriormente por la de nuestro Tribunal Supremo en fecha 9 de octubre de 2018. Como se ha expli-

cado al principio de la presente constituye el objeto exclusivo de este expediente determinar si concurren o no los requisitos legales para que por parte del registrador se acuerde la convocatoria general de una sociedad. No es desde luego objeto de este procedimiento la determinación de si determinado documento es o no inscribible en la hoja de la sociedad. Dicha circunstancia, de producirse, deberá dar lugar a un procedimiento distinto, el procedimiento registral derivado de la solicitud de inscripción, procedimiento que se rige por sus propias normas, que produce un efecto específico (la inscripción o la suspensión o denegación), y que tiene su propio régimen de recursos. Será por tanto, en su caso, en el ámbito de dicho procedimiento y de acuerdo a las normas que lo rigen cuando dicha cuestión pueda ser objeto de un pronunciamiento por parte del registrador primero y, en su caso, por parte de esta Dirección General con posterioridad (*vide* arts. 66 y 80 del Reglamento del Registro Mercantil en relación con los artículos 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria y con la disposición adicional vigesimocuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social: «La regulación prevista en el sección 5.ª del capítulo IX bis del Título V para los recursos contra la calificación del registrador de la Propiedad es también aplicable a los recursos contra la calificación del Registrador Mercantil y del de Bienes Muebles»).

5.º De acuerdo a las consideraciones anteriores esta Dirección General resuelve:

1.º Se deja sin efecto la resolución del Registrador Mercantil de Las Palmas de Gran Canaria núm. 1, Don Francisco de Asís Fernández Rodríguez de fecha 29 de abril de 2019.

2.º Se retrotrae el expediente a la fase de instrucción, en concreto al momento anterior a la realización de la diligencia de audiencia a que se refiere el artículo 354.1 del Reglamento del Registro Mercantil con suspensión de su tramitación hasta que conste, por resolución judicial firme, a quien tiene que dirigir el traslado a que el mismo se refiere.

3.º Devolver el expediente al Registrador Mercantil a fin de que se lleven a cabo las anteriores diligencias.

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso con revocación de la resolución del Registrador Mercantil de Las Palmas de Gran Canaria núm. 1, Don Francisco de Asís Fernández Rodríguez de fecha 29 de abril de 2019 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, 7 de agosto de 2019 (2.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.–Sr. Registrador Mercantil de Las Palmas de Gran Canaria.

Resolución de 28 de agosto de 2019

En el expediente CJ-/2019 sobre convocatoria de Junta General a instancia de un socio de «Invecar Holding Traders, S.L.».

HECHOS

I

Don M. M. N., presentó un escrito de fecha 25 de marzo de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Sevilla, en el que tuvo su entrada el día 27 inmediato posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 169.1 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio de la mercantil «Invecar Holding Traders, 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 desde el ejercicio 2015 no se han presentado las cuentas anuales a la junta general de la sociedad.

b) Que el día 8 de noviembre de 2017 remitió burofax al administrador de la sociedad para que se llevara a cabo la convocatoria de junta general a fin de presentar las cuentas anuales correspondientes a los ejercicios 2015, 2016, 2017 y 2018. Que la administración no ha contestado al requerimiento notarial ni ha llevado a cabo la convocatoria solicitada. Del documento que se acompaña resulta que el requerimiento se refiere a los ejercicios 2013, 2014, 2015 y 2016.

c) Que el solicitante es socio de la sociedad en virtud de escritura, copia de la cual se acompaña, de fecha 31 de enero de 2014 autorizada por el notario de Sevilla don Manuel Antonio Seda Hermosín, número 150 de su protocolo.

Específicamente solicita del registrador mercantil:

a) Que lleve a cabo la convocatoria de Junta General con el orden del día siguiente:

Examen y aprobación, si procede, de las cuentas anuales de la sociedad correspondientes a los ejercicios 2015, 2016, 2017 y 2018.

Examen y aprobación, en su caso, de la propuesta del resultado del ejercicio 2015, 2016, 2017 y 2018.

Información a los socios de la situación de la empresa.

b) Que la junta general se celebre en la notaria situada en el lugar del domicilio social señalando día y hora de la primera y de la segunda convocatoria.

II

Previo traslado a la sociedad de la solicitud por parte del registrador mercantil, la administración de la sociedad, por medio de letrado, se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que el solicitante no es socio de la sociedad pues si bien aporta escritura pública de adquisición de participaciones sociales, la sociedad entiende que la misma es nula por los motivos que expresa. Que por tal motivo se instó demanda de nulidad ante el Juzgado de Primera Instancia de Sevilla núm. 2. Que además, su mandante inició un procedimiento penal ante el Juzgado de Instrucción núm. 17 de Sevilla. Que la sociedad no tuvo conocimiento de la alegación de la condición de socio hasta el requerimiento de 6 de noviembre de 2017. 2.º Que las juntas generales se han venido celebrando regular y normalmente. 3.º Que aún en el supuesto de que se declarase la condición de socio del solicitante no reúne el mínimo del 5 % del capital social exigido por el artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital.

Se acompaña al escrito copia de la demanda por la que se solicita la nulidad de la escritura pública de fecha 31 de enero de 2014 autorizada por el notario de Sevilla don Manuel Antonio Seda Hermosín, número 150 de su protocolo. Se acompaña igualmente copia del decreto de fecha 27 de abril de 2018 emitido por la letrada de la Administración de Justicia doña Rocio Meana Cubero en el procedimiento 238/2018 del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Sevilla por el que se tiene personado al demandado.

Se acompaña también escrito de denuncia, así como copia del auto de fecha 22 de febrero de 2018 del Juzgado de Instrucción núm. 17 de Sevilla por el que se acuerda la incoación de diligencias previas.

Trasladado el escrito de oposición al solicitante, este presenta escrito de alegaciones de fecha 7 de mayo de 2019 por el que se reafirma en su solicitud afirmando que la existencia de los procedimientos judiciales constituye una mera estrategia para impedirle ejercer los derechos que le corresponden.

III

El Registrador Mercantil de Sevilla núm. 3, don Juan Ignacio Madrid Alonso dictó resolución en fecha 21 de mayo de 2019 por la que acordó suspender el procedimiento en tanto no recaiga sentencia firme de la que resulte la legitimación del solicitante.

IV

Don M. M. N., por escrito de fecha 7 de junio de 2019, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Sevilla interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base, resumidamente, a los siguientes argumentos: «Que el inicio de los procedimientos judiciales es posterior al requerimiento de 2017 por el que solicitaba la convocatoria de junta lo que acredita que las acciones entabladas no tienen otra finalidad que posponer y obstruir el derecho de la parte. Que el claro fraude de ley no puede frustrar el derecho del solicitante reconocido en el artículo 169 de la Ley de Sociedades de

Capital. Que además existe un claro supuesto de abuso de derecho ejercitado con la misma finalidad de evitar al recurrente el ejercicio de un derecho legalmente reconocido.»

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 sociedad de responsabilidad limitada la convocatoria de junta general ordinaria correspondiente a distintos ejercicios, la sociedad se opone por considerar que el solicitante carece de la condición de socio. Acompaña a su escrito de oposición documentación de la que resulta la impugnación en vía judicial de la escritura pública de compraventa de participaciones sociales en que aquél fundamenta su legitimación. El Registrador Mercantil decide suspender la tramitación del procedimiento hasta tanto no resulte decisión judicial firme que confirme o niegue la condición de socio del solicitante. Este recurre en los términos que resultan de los hechos.

2. Así las cosas es preciso traer a colación la doctrina de esta Dirección cuando resulta del expediente la existencia de un procedimiento judicial sobre materias que puedan afectar al contenido de la resolución a dictar. De acuerdo a la misma, 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 par-

ticipaciones 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.».

Por otra 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 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 artículo 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. Aplicadas las afirmaciones anteriores al supuesto de hecho resulta con toda claridad la improcedencia del recurso pues resulta del expediente con toda claridad tanto la existencia de un procedimiento judicial en curso como que su objeto incide directamente en el que constituye el de la presente, de

modo que la resolución que se dicte habrá de ser determinante para su estimación o desestimación.

Nada altera la conclusión anterior las alegaciones que lleva a cabo el 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 un procedimiento como el presente cuyo limitado conocimiento material y competencial lo impide, sin perjuicio del derecho de los interesados a acudir a los Tribunales de Justicia en defensa de su posición jurídica (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010 y 11 de marzo de 2014, entre otras).

Este Centro Directivo no puede valorar la conducta de la sociedad como pretende el recurrente. El objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que el artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital prevé para que se acuerde la pertinencia de la convocatoria de junta general. La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la Constitución Española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

Esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Sevilla núm. 3, don Juan Ignacio Madrid Alonso fecha 21 de mayo 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, 28 de agosto de 2019.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.

Resolución de 26 de septiembre de 2019

En el expediente 10/2019 sobre convocatoria de Junta General a instancia de un socio de «Red Digital de Telecomunicaciones de las Islas Baleares, S.L.».

HECHOS

I

Don A. N-R. R presentó un escrito de fecha 1 de julio de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Palma de Mallorca, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio de la mercantil «Red Digital de Telecomunicaciones de las Islas Baleares, S.L.», la convocatoria de Junta General de la sociedad por darse los presupuestos establecidos en dicho precepto.

Del escrito de solicitud y de la documentación que le acompaña resulta:

a) Que el solicitante es socio de la sociedad. Que la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de fecha 22 de enero de 2019 (de la que acompaña copia), si bien no es firme, reconoce la validez de determinadas donaciones de participaciones sociales que le hicieron otros socios. Que pese a no ser firme tiene efectos declarativos de su propiedad lo que sumado al carácter no constitutivo del documento público a que hace referencia el artículo 105 de la Ley de Sociedades de Capital exige el reconocimiento de su condición de socio respecto de tales participaciones. Que por otra parte la sociedad ya había reconocido su titularidad sobre dichas participaciones como resulta de determinadas actas de juntas generales. Que en definitiva es titular del 51,01 % del capital social y de 964 participaciones del capital social, 804 de las cuales son la que fueron objeto de donación a que se ha hecho referencia. Que esta participación, junto a la del resto de socios, es la que consta en el libro de socios protocolizado ante fedatario público el día 18 d enero de 2018, ejemplar del cual se acompaña.

b) Que existe un grave conflicto con otros socios de la sociedad. Que el título en virtud del que la administradora inscrita en el Registro Mercantil procedió a su inscripción está siendo objeto de procedimientos tanto penales como mercantiles, acompañando copia de autos de admisión de querella y de demanda de impugnación de acuerdos sociales.

Que en fecha 8 de febrero de 2019 solicito mediante requerimiento notarial convocatoria de junta general extraordinaria, junta que no se llegó a celebrar frustrando su derecho como resulta del acta notarial que se acompaña.

Que la administradora convocó nueva junta a celebrar el día 2 de mayo de 2019 cuya acta notarial acompaña, en la que se pretendió imponerle determinados acuerdos de cese de administradora y nombramiento de consejo de administración, acuerdos que no han accedido al Registro Mercantil.

c) Que el artículo 168 de la Ley de Sociedades de Capital faculta a cualquier socio a solicitar convocatoria de junta general ordinaria si transcurridos seis meses desde el cierre del ejercicio social no se ha llevado a cabo, como es el caso.

Específicamente solicita del registrador mercantil:

a) Que lleve a cabo la convocatoria de Junta General ordinaria con el orden del día siguiente:

Primero. Examen y aprobación, en su caso, de las cuentas anuales de la sociedad correspondientes al ejercicio cerrado el 31 de diciembre de 2018. Segundo. Examen y aprobación, en su caso, de la propuesta de aplicación de los resultados del citado ejercicio. Tercero. Examen y aprobación, en su caso, de la gestión social realizada por el órgano de administración durante el ejercicio cerrado el 31 de diciembre de 2018. Cuarto. Cese, y en su caso, designación del administrador único. Quinto. Delegación de facultades para la formalización de los acuerdos adoptados por la junta general.

b) Que designe como presidente de la Junta General a celebrar al propio solicitante o persona sin vinculación con los otros socios, que se requiera la presencia de notario y que la sesión se celebre en las oficinas del designado.

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 que la junta general ordinaria fue convocada en fecha 28 de junio de 2019 para su celebración el día 15 de julio siguiente. Se acompaña ejemplar de burofax de convocatoria.

III

El Registrador Mercantil de Palma de Mallorca núm. 3, don Jesús Víctor Muro Villalón dictó resolución en fecha 12 de julio de 2019 por la que acordó estimar la oposición y desestimar la solicitud del socio. Su decisión se fundamenta en la existencia de una convocatoria en plazo legal que, si bien es llevada a cabo por la presidenta del consejo de administración y no por la administradora única inscrita, la inscripción carece de carácter constitutivo. A lo anterior añade que el registrador, dada la situación descrita en los hechos, no puede pronunciarse sobre la validez de los distintos nombramientos llevados a cabo.

IV

Don A. N-R. R, por escrito de fecha 29 de julio de 2019, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Palma de Mallorca, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes, resumidamente, argumentos: «1.º Que la señora convocante realizó una primera convocatoria de junta para celebrarse el día 27 de junio de 2019 que no llegó a celebrarse por la negativa del notario requerido a considerarla como administradora vigente. Que la posterior convocatoria realizada el día 28 de junio, ahora como presidenta del consejo de administración, para celebrarse el día 15 de julio de 2019 es realizada por quien no aparece como tal en el Registro Mercantil. Se acompaña auto de admisión de la querella por los hechos acaecidos en la junta de la que resulta dicho nombramiento. Que igualmente existe, como resulta de la solicitud, querella por los hechos acaecidos en la junta general de la que resultó el nombramiento de administradora única. 2.º Que toda junta convocada realizada más allá del día 15 de junio (dados los plazos legales en relación con la fecha de cierre del ejercicio), lo es fuera del plazo marcado por la Ley por lo que a partir del día 1 de julio siguiente todo socio legitimado puede ejercer el derecho a que se convoque junta ordinaria por el registrador sin tener en cuenta la que haya realizado el administrador fuera de ese plazo legal. 3.º Que siendo ciertos que los acuerdos de nombramiento están impugnados en sede civil (sin perjuicio de las acciones criminales), ello no priva al registrador de la obligación de pronunciarse sobre su validez a los efectos

del expediente habida cuenta de que la convocatoria a que se refiere el escrito de oposición lo ha sido por un órgano no inscrito en el Registro Mercantil y que no va a inscribirse nunca pues la propia convocatoria realizada pretende dejarlo sin efecto. Que así resulta del acta de la propia junta realizada el día 15 de julio que deja sin efecto aquellos otros acuerdos adoptados en su día de donde resulta la propia nulidad de la junta realizada.»

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 ordinaria por darse el supuesto previsto en el artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital. La sociedad se opone por estar la junta convocada en fecha 28 de junio para su celebración el día 15 de julio posterior.

De la hoja de la sociedad resulta la existencia de una administradora única, así como la presentación de distintos documentos ninguno de los cuales ha accedido al registro. En virtud de uno de estos documentos se elevan a público determinados acuerdos adoptados por la junta general de la sociedad en virtud de los que se acordó el cese de la administradora única y la modificación de los estatutos con el fin de designar un consejo de administración en cuyo cargo de presidenta se designa a quien ostenta según registro el de administradora única. Es en virtud del citado cargo en el que se hizo la convocatoria de 28 de junio a que se refiere el párrafo anterior.

Del expediente resulta la existencia de un procedimiento judicial por el que se impugna la validez del acuerdo de designación del cargo de la vigente administradora única, según registro. También resulta la existencia de querellas criminales derivadas de hechos acaecidos en distintas juntas generales llevadas a cabo.

El registrador desestima la solicitud de convocatoria por resultar la existencia de convocatoria ya realizada de junta general ordinaria llevada a cabo

por la presidenta del consejo de administración a pesar de no estar su cargo inscrito.

2. Dice así el artículo 169.1 de la Ley de Sociedades de Capital: Si la junta general ordinaria o las juntas generales previstas en los estatutos, no fueran convocadas dentro del correspondiente plazo legal o estatutariamente establecido, podrá serlo, a solicitud de cualquier socio, previa audiencia de los administradores, por el Secretario judicial o Registrador Mercantil del domicilio social.

De acuerdo con el precepto transcrito, tres son los requisitos que deben ponerse de manifiesto en el expediente registral: que la convocatoria sea solicitada por un socio de la sociedad, que el registrador de audiencia al órgano de administración y que la Junta General ordinaria o estatutaria no haya sido debidamente convocada en el plazo legal o estatutariamente previsto (*vide* resoluciones de 1 de abril y de 26 de mayo de 2016).

Centrándonos en el último de los requisitos expuestos (pues los otros dos no son en realidad objeto de disputa pese al tenor con que comienza el escrito de solicitud), el presupuesto de aplicación del artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital es la falta de convocatoria de la junta general ordinaria en el plazo legalmente establecido, no la aprobación de las cuentas anuales. Es el incumplimiento por parte del órgano de administración de la obligación a que se refiere el artículo 164 de la Ley de Sociedades de Capital lo que legitima a cualquier socio a instar la convocatoria por parte del registrador Mercantil. Cumplida la obligación, aun cuando las cuentas anuales no hayan sido objeto de aprobación, no existe legitimación para instar la convocatoria de junta general para la aprobación de las cuentas anuales y demás acuerdos propios de una junta ordinaria.

Resulta del expediente que la sociedad fue convocada a junta general ordinaria antes de transcurrido el plazo previsto en el artículo 164 de la Ley de Sociedades de Capital de donde resulta patente la inviabilidad de convocatoria por parte del registrador de una nueva junta general sin perjuicio del derecho del solicitante a ejercitar las acciones judiciales que estime oportunas en defensa de su posición jurídica.

Teniendo la junta general ordinaria como contenido típico aprobar la gestión social, las cuentas del ejercicio anterior y resolver sobre la aplicación del resultado y siendo válida, aunque se convoque o se celebre fuera de plazo, resulta con claridad que el interés jurídico que pretende proteger el artículo 169.1 está debidamente cumplimentado si resulta del expediente la debida convocatoria y, en su caso, 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.

3. Los argumentos que de contrario contiene el escrito de recurso no pueden enervar la anterior conclusión.

En primer lugar, porque es insostenible afirmar que la convocatoria carece de validez por haberse realizado en un tiempo en el que la celebración de la junta general convocada ha de ser necesariamente posterior al plazo a que hace referencia el artículo 164 de la Ley de Sociedades de Capital. Como resulta del número dos del expresado artículo: «La junta general ordinaria será válida, aunque haya sido convocada o se celebre fuera de plazo.» La rotundidad con que se expresa el precepto hace innecesario un mayor análisis. Resultando del expediente que la convocatoria de junta general se llevó a cabo y que la junta se celebró carece de justificación alguna la pretensión de llevar a cabo una nueva convocatoria con el mismo objeto sin perjuicio del ejercicio de las acciones previstas en el ordenamiento por quien considere que su posición jurídica no ha sido respetada.

En este sentido debe recordarse la reiterada doctrina de esta Dirección General sobre lo que constituye el objeto del presente expediente. Así, 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 el recurrente plantea y a que se hace referencia en los hechos. Esta puntualización resulta de especial importancia en un supuesto como el planteado en el expediente en que la existencia de un conflicto social entre el socio que realiza la solicitud y el órgano de administración que se opone resulta evidente.

El objeto de este expediente tiene el limitado alcance definido por el artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital: determinar si concurren o no los requisitos para la convocatoria de Junta General de sociedad de capital por el registrador mercantil. La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la Constitución Española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

Consecuentemente, no se llevará a cabo ningún pronunciamiento en relación a las cuestiones planteadas por las partes en este expediente y que son ajenas a su naturaleza y objeto, como son las siguientes: La validez de las inscripciones practicadas en el Registro Mercantil, la valoración de la conducta de las partes involucradas y las consecuencias jurídicas que de ello puedan derivarse o la validez de los acuerdos adoptados por los órganos sociales que no constituyan el objeto directo 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 ale-

gue 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.

4. Las consideraciones expuestas son de especial relevancia en el presente porque el recurrente insiste en que el registrador tiene la obligación, derivada del principio de legalidad, de tener en cuenta el conjunto de hechos que resultan de sus escritos y de los documentos que los acompañan para llevar a cabo un pronunciamiento favorable a su solicitud.

Esta afirmación no puede sostenerse pues resultando evidente la sujeción del registrador a las consecuencias derivadas del principio de legalidad no lo es menos que en su ejercicio debe sujetarse a las limitaciones derivadas del procedimiento sin inmiscuirse en la competencia que la Constitución reserva a Jueces y Tribunales tal y como ha quedado expuesto.

Del expediente resulta la existencia tanto de un procedimiento judicial por el que se impugna el nombramiento de quien ostenta el cargo de administradora única según registro como la existencia de distintas querellas por hechos de los que podría derivarse responsabilidad criminal.

El registrador ha rechazado la pretensión de solicitante porque ha considerado que quien ha llevado a cabo la convocatoria de junta general ordinaria de la sociedad estaba legitimada para hacerlo en virtud de la documentación que resulta del registro y del propio expediente. El recurrente afirma que la falta de inscripción de su cargo y el hecho de que la junta celebrada el día 15 de julio de 2019 haya decidido dejarlo sin efecto (volviendo a la situación de administradora única), conlleva la nulidad de la convocatoria. La afirmación es insostenible pues con independencia de las consecuencias jurídicas que puedan derivarse de los acuerdos de revocación adoptados el citado día lo cierto es que al tiempo de la convocatoria la persona que la lleva a cabo ostenta la necesaria legitimación.

Tampoco la existencia de distintas querellas, cuya existencia consta acreditada en el expediente, tiene relevancia a los efectos de la presente. En relación a la litispendencia penal alegada, ddispone 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: «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.»

Como se deduce del precepto transcrito, la existencia de un procedimiento penal entre las partes sólo puede acarrear la suspensión del procedimiento cuando se acredite su existencia, así como que la resolución pueda tener afección en la que haya que dictarse, circunstancia esta última que en modo alguno resulta del expediente.

Dicha doctrina es plenamente coherente con la que el Tribunal Supremo tiene establecida en la materia (*vide* sentencia de 4 de abril de 2013), 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.

En consecuencia, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Palma de Mallorca núm. 3, don Jesús Víctor Muro Villalón de fecha 12 de julio 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 septiembre de 2019. El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.

Resolución de 18 de octubre de 2019

En el expediente CJ-1/2019 sobre convocatoria de Junta General a instancia de un socio de «Bemployee, S.L.».

HECHOS

I

Don B. L. V. R. T presentó un escrito de fecha 29 de abril de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Sevilla, en el que tuvo entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital de la mercantil «Bemployee, 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 por el notario de Sevilla don Ildefonso Palacios Rafoso en fecha 15 de febrero de 2019 se autorizó, a instancia del hoy solicitante, acta de requerimiento dirigida a la administradora de la sociedad citada para que llevase a cabo la convocatoria de junta general con el siguiente orden del día:

– Nombramiento de representante de la sociedad para que este la represente en el procedimiento abreviado 100/108 acordado por el Juzgado de Instrucción núm. 16 de Sevilla, otorgando al representante las facultades necesarias para que pueda otorgar poderes generales y especiales para pleitos a letrados y procuradores, que prestarán su asistencia jurídica a la sociedad dado que esta ha adquirido la condición de acusada en las actuaciones judiciales.

– Requerir nuevamente a la administradora única de la sociedad para que deposite toda la documentación de la sociedad en el domicilio del representante legal a efecto del procedimiento.

b) Que su participación en el capital asciende al nueve por ciento del total.

c) Que el órgano de administración no ha atendido su solicitud en el plazo legalmente establecido.

II

Previa realización de una diligencia de subsanación 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 que en el citado procedimiento la sociedad se encuentra representada por su persona como administradora única y que la sociedad está debidamente personada por medio de letrado y procurador para su adecuada defensa jurídica como se justifica con documentación que se acompaña.

III

El Registrador Mercantil de Sevilla núm. 3, don Juan Ignacio Madrid Alonso dictó resolución en fecha 3 de julio de 2019 por la que acordó estimar la oposición y desestimar la solicitud del socio. La resolución se fundamenta, en esencia, en el carácter de representante orgánico de la sociedad que ostenta la administradora única y a quien corresponde conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil la actuación ante la jurisdicción, así como que la junta general de socios no puede acordar el otorgamiento de poderes por ser competencia reservada al órgano de administración.

IV

Don B. L. V. R. T., por escrito de fecha 29 de julio de 2019, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Sevilla, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes, resumidamente, argumentos: «1.º Que el recurrente discrepa del contenido de la resolución del registrador porque la administradora incumple sus obligaciones y deberes. 2.º Que de los artículos 225 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital el administrador debe desempeñar su cargo con la diligencia debida y en ejercicio de su deber de lealtad y demás que los mismos recogen. Que la administradora única incumple todos y cada uno de dichos deberes sin que haya convocado junta general en los últimos años ni depositado cuentas amén de constituir otra sociedad con el mismo objeto. Que en las actuaciones llevadas a cabo ante el juzgado de Instrucción núm. 16 de Sevilla ha conseguido exonerarse de cualquier responsabilidad e incluso ha conseguido involucrar a terceros. Que la solicitud de convocatoria no tiene otra pretensión que llegar al acto del juicio en perfecto estado de revista, con su contabilidad actualizada y depositada y aclarada cualquier cuestión que haya auspiciado la imputación de la sociedad, cuestiones que por inhibición de la administradora han provocado la imputación de la sociedad.»

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; 166 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 sociedad de responsabilidad limitada con participación superior al 5 % requiere a la administradora única para que convoque junta general con el orden del día que resulta de los hechos. La solicitud es rechazada por la administradora única alegando que ostenta la representación de la sociedad ante el procedimiento judicial que constituye el objeto de la solicitud. El registrador estima la oposición de la sociedad y desestima la solicitud. El interesado recurre.

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 distintas cuestiones que la parte recurrente expone en su escrito de recurso y que hacen referencia al incumplimiento, a su juicio, de los deberes que competen a la administradora social. 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 es el análisis de la conducta de la administradora o las actuaciones llevadas a cabo en un procedimiento penal. Ninguna de dichas cuestiones o de otras similares puede ser analizada en este expediente que tiene el limitado alcance expuesto, sin perjuicio de que la parte que considere que se ha producido conculcación o fraude de Ley, abuso de Derecho o que de cualquier modo considere que su situación jurídica no es debidamente respetada tiene abierta la vía jurisdiccional para que en un procedimiento plenario, con audiencia de las personas interesadas y con plenitud de medios de prueba alegue lo que estime oportuno en su defensa, sin perjuicio de cualquier otra acción que pudiera corresponderle. Lo que no puede pretender es que esta Dirección General asuma la defensa de su posición jurídica en un procedimiento, como el presente, limitado tanto por su materia como por sus medios de conocimiento.

3. De acuerdo con la doctrina expuesta si el recurrente entiende que la actuación de la administradora la hace incurrir en responsabilidad debe acudir a los medios previstos en el ordenamiento (arts. 236 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital), o si considera que debe ser sustituida actuar por los medios igualmente previstos (art. 160 de la Ley de Sociedades de Capital). Por otro lado si considera que dentro del procedimiento penal se han producido alguna actuación que merece su reacción deberá ser canalizada por los medios procedimentales adecuados pero esta administración no puede entrar, por carecer absolutamente de competencia, en materia cuyo conocimiento corresponde a jueces y tribunales.

Esta Dirección General ha resuelto En consecuencia, el Registrador adscrito que suscribe propone desestimar el recurso y confirmar la resolución del

Registrador Mercantil de Sevilla núm. 3, don Juan Ignacio Madrid Alonso de fecha 3 de julio 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, 18 de octubre de 2019.–El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.

Resolución de 5 de noviembre de 2019

En el expediente 12/2019 sobre convocatoria de Junta General a instancia de un socio de «Edificaciones y Alojamientos, S.L.».

HECHOS

I

Doña P. N. R. presentó un escrito de fecha 22 de abril 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 169.2 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio de la mercantil «Edificaciones y Alojamientos, 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 lo siguiente (dejando de lado otras cuestiones que se plantean en el escrito y que no guardan relación directa con el expediente):

a) Que como consecuencia del fallecimiento de dos de los cuatro miembros del consejo de administración de la sociedad se celebró junta general en fecha 3 de septiembre de 2018 previa su convocatoria por parte del Registrador Mercantil de Madrid a quien le correspondió conocer del asunto. Que previa renuncia de otro de los consejeros de la sociedad, en dicha junta se nombraron tres consejeras dos de las cuales aceptaron el cargo. La tercera persona designada no aceptó el cargo.

b) Que así las cosas y con el fin de cubrir dicha vacante, la solicitante requirió notarialmente a las dos consejeras que fueron designadas en la anterior junta general a fin de que junto con ella llevasen a cabo la convocatoria de junta general.

Se acompaña copia del acta notarial autorizada por el notario de Madrid don Iñigo Casla Uriarte autorizada el día 29 de octubre de 2018.

c) Que se solicita la convocatoria de junta general para proveer la cuarta plaza del consejo de administración con el fin de mantener la paridad en el consejo de administración entre las dos familias que son titulares de la integridad del capital social.

Específicamente solicita del registrador mercantil:

Que lleve a cabo la convocatoria de Junta General con el orden del día siguiente:

1. Nombramiento de consejero representante de la familia R. N., en sustitución de la vacante existente.
2. Aprobación de la composición definitiva del órgano de gobierno.
3. Aprobación del acta de la junta de socios.
4. Elevación a escritura pública de los acuerdos adoptados.

II

Previo traslado de la solicitud por parte del registrador mercantil, las administradoras consejeras a quienes se dirigió el requerimiento, manifestaron lo siguiente: Que las afirmaciones vertidas por la solicitante no se ajustan a la verdad y que manifiestan su disposición a la convocatoria de la junta solicitada, algo que ya habían hecho como se acredita con la presentación del burofax que le habían dirigido. Que solicitan la presencia de notario en la junta proponiendo a determinado profesional quien ha mostrado su conformidad para que la junta se celebre en su despacho. Que se solicita la convocatoria de consejo de administración. Que han resultado infructuosos los intentos de convocar junta general.

Por parte de la solicitante se presenta escrito fechado el día 24 de junio de 2019 en el que pone de manifiesto que se opone a cualquier alegación que hayan podido realizar las otras dos consejeras en la medida en que se opongan, contradigan o no concuerde con lo expuesto en su solicitud.

III

El Registrador Mercantil de Madrid núm. 8, don Luis María Stampa y Piñeiro dictó resolución en fecha 15 de julio de 2019 de la que resulta:

a) Que de la hoja registral de la sociedad resulta que el órgano de administración de la sociedad es un consejo de administración compuesto por cuatro miembros. Que en fecha 18 de julio de 2018 se tomó anotación preventiva de convocatoria registral de junta de socios al amparo del artículo 171 de la Ley de Sociedades de Capital, en cuyo expediente resulta acreditado el fallecimiento de dos de los cuatro miembros del consejo de administración. También resulta del citado expediente que se acordó la convocatoria de junta con el fin de proveer administradores miembros del consejo de administración.

b) Que no puede atenderse la solicitud de convocatoria del consejo por carecer el registrador de competencia para ello.

c) Que procede la convocatoria de junta general con el orden del día propuesto a celebrar el día 25 de septiembre de 2019 a las nueve horas en el despacho del notario don A. A. G., que actuará de secretario y que levantará acta que tendrá consideración de acta de junta.

IV

Doña P. N. R., por escrito de fecha 20 de agosto de 2019, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Madrid, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes, resumidamente, argumentos: «1.º Que impugna parcialmente tanto la determinación de la designación de notario como la de lugar de celebración de la junta. Que el notario señalado actuó previamente en la junta celebrada el día 3 de septiembre de 2018 pese a no ser convocado por los administradores actuando como secretario de junta y pese a haber sido elegido otra persona por la junta. Que en el acta que se levantó y que se pretendió que sirviera como acta de junta se incurrió en numerosas inexactitudes. Que con posterioridad el mismo notario autorizó acta de convocatoria de consejo de administración sin ser ajustada a derecho. 2.º Que la resolución del registrador designa a dicho notario como secretario de la junta pese a constar en el expediente su rechazo por parte de la solicitante; que la resolución prima la posición de las otras dos personas miembros del órgano de administración y no la de la solicitante. 3.º Que las incompatibilidades del experto designado por el registrador se regulan en el artículo 338 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, así como en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en la Ley Orgánica del Poder Judicial. Que el Reglamento del Registro Mercantil se remite a la Ley de Enjuiciamiento Civil cuyo artículo 124 las regula. Que el notario designado incurre en causa de recusación que se lleva a cabo por no ser imparcial. Que la resolución del registrador atiende a los intereses partidistas de parte de los socios frustrando el interés de la minoría. 4.º Que si bien el artículo 170.3 de la Ley de Sociedades de Capital afirma que no cabe recurso contra la resolución del registrador, es aplicable por analogía lo dispuesto en el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil. 5.º Que se solicita la revocación parcial de la resolución en lo que se refiere a la designación de lugar de celebración y de notario para que actúe como secretario levantando acta de junta general. Que solicita igualmente la suspensión de la resolución impugnada por concurrir la circunstancia de que la impugnación se fundamenta en alguna de las causas de nulidad y anulabilidad previstas en los artículos 47 y 48 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.»

En la misma fecha se presenta recurso de idéntico contenido firmado por don F. R. N. como heredero de su padre don C. R. J. socio de la sociedad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121 y 122 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; 166 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 convocatoria de junta por una socia de sociedad de responsabilidad limitada que, además, ostenta el cargo de miembro del consejo de administración, el registrador accede a la pretensión. Además, el registrador señala lugar y notario para que asista a la celebración de junta y actúe como secretario, esto último a instancia de otro interesado que se persona en el procedimiento.

La solicitante impugna parcialmente la resolución en cuanto a la designación de notario y de lugar de celebración por los motivos que se han hecho constar en los hechos, solicitando además la suspensión de la convocatoria de junta general. Se presenta recurso, de idéntico contenido, formulado por persona que se persona en el procedimiento.

2. El recurso no puede prosperar. Como ya dijera la Resolución de la DGRN 7 de febrero de 2018 en sede de recursos contra resoluciones de los registradores mercantiles sobre convocatoria de junta general de sociedad de capital, resulta del todo improcedente el recurso con independencia de que la solicitud de suspensión resulta de imposible cumplimiento habida cuenta de la fecha establecida para la celebración de la convocatoria y la fecha de la presente.

Establece el artículo 170.3 de la Ley de Sociedades de Capital lo siguiente: «Contra la resolución por la que se acuerde la convocatoria de la junta general no cabrá recurso alguno.» La dicción del precepto, que es anterior a la reforma operada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria pero cuyo tenor confirma el artículo 119.5 de la propia Ley tiene un doble efecto: en primer lugar, procurar la ejecutividad inmediata del acuerdo a fin de que no se demore la celebración de una junta cuyos requisitos de convocatoria, en los términos de los artículos 168, 169.1 y 171 de la Ley de Sociedades de Capital, resultan acreditados. En segundo lugar, se evita una eventual impugnación para el caso de que, como en el presente supuesto, la resolución sea de fecha posterior a la celebración de la junta y sin perjuicio de que, quien ostente legitimación, acuda a los Tribunales de Justicia si considera que la convocatoria acordada es contraria a derecho (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 del contenido 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 convoca-

toria 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.

La recurrente afirma que se han producido motivos de nulidad en la tramitación del expediente, pero ni especifica cuáles sean estos ni acredita en modo alguno los hechos de los que puedan derivarse por lo que procede sin más el rechazo del motivo.

3. Con independencia de lo anterior, con la finalidad de satisfacer la pretensión de los impugnantes de que se dé respuesta jurídica a su escrito de recurso, así como la de evitar posibles alegaciones de indefensión, esta Dirección General considera oportuno confirmar, por sus propios fundamentos, la resolución del registrador.

Procede confirmar en primer lugar, el limitado objeto del procedimiento y de la resolución que le pone fin. Esta Dirección General de los Registros y del Notariado ha reiterado (*vide* resoluciones de 9 de marzo, 26 de mayo y 15 de junio de 2016), que el objeto de este expediente no reside en resolver las numerosas cuestiones que la parte recurrente ha puesto de manifiesto y a que se hace referencia en los hechos. Esta puntualización resulta de especial importancia en un supuesto como el planteado en el expediente en que la existencia de un conflicto social entre dos grupos de socios resulta evidente.

El objeto de este expediente tiene el limitado alcance definido por el artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital: determinar si concurren o no los requisitos para la convocatoria de Junta General de sociedad de capital por el registrador mercantil. Cualquier otra cuestión como es la valoración de la conducta de las partes involucradas, las consecuencias jurídicas que de ello puedan derivarse, o la valoración de si los puntos del orden del día contenidos en la solicitud pueden dar lugar a acuerdos inscribibles quedan completamente al margen del procedimiento. Ninguna de dichas cuestiones o de otras similares puede ser analizada en este expediente que tiene el limitado alcance expuesto, sin perjuicio de que la parte que considere que se ha producido conculcación o fraude de Ley, abuso de Derecho o que de cualquier modo considere que su situación jurídica no es debidamente respetada tiene abierta la vía jurisdiccional para que en un procedimiento plenario, con audiencia de las personas interesadas y con plenitud de medios de prueba alegue lo que estime oportuno en su defensa, sin perjuicio de cualquier otra acción que pudiera corresponderle.

En consecuencia, esta Dirección General no puede entrar a valorar, en el ámbito de este expediente, las vicisitudes que hubieran podido producirse en una junta general o en un consejo de administración anteriores en el tiempo que quedan completamente al margen de la presente.

Tampoco procede entrar a valorar la conducta de determinado notario (frente al que se llevan a cabo afirmaciones de una gran gravedad), ni mucho menos entrar a valorar nada menos que una petición de declaración de incompatibilidad, cuestiones todas ellas que quedan absolutamente fuera del objeto del presente sin perjuicio de que la parte interesada ejerza, en su caso, las acciones que el ordenamiento pone a su disposición con debida audiencia de las personas a que se refiere.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Madrid núm. 8, don Luis María Stampa y Piñeiro de fecha 15 de julio 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, 5 de noviembre de 2019.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.

Resolución de 12 de noviembre de 2019 (1.ª)

En el expediente CJ-3–/2019 sobre convocatoria de Junta General a instancia de un socio de «Agrimeca, S.A.».

HECHOS

I

Don F. A. F. presentó un escrito de fecha 19 de junio 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 169 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio de la mercantil «Agrimeca, 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 la junta general ordinaria de la sociedad no ha sido convocada dentro del plazo legal de seis meses.

b) Que ha notificado dicha irregularidad a la administración sin que haya recibido respuesta.

Se acompaña copia de un correo electrónico de fecha 4 de junio de 2019 así como copia de burofax de fecha 14 de junio por los que el hoy solicitante se dirige a la administración de la sociedad en el sentido expresado.

Específicamente solicita del registrador mercantil:

a) Que lleve a cabo la convocatoria de Junta General con el orden del día correspondiente a las juntas generales ordinarias.

b) Que designe como presidente de la Junta General al asistente con mayor número de acciones.

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 sociedad contestó al correo de 4 de junio explicando al socio que el retraso se debía a la larga enfermedad de la principal accionista la cual, finalmente, falleció. Que para preservar los intereses de la herencia y ante lo avanzado de las fechas se decidió celebrar la junta en septiembre. 2.º Que de acuerdo con lo anterior se ha publicado la convocatoria para su celebración el día 17 de septiembre de 2019.

Se acompaña copia del correo electrónico de fecha 26 de junio de 2019 por el que se notifica al hoy solicitante que, como consecuencia de la enfermedad y fallecimiento de una socia, la junta general se celebrará en septiembre.

Se acompaña copia del anuncio de convocatoria de junta fechado el día 12 de julio de 2019, para ser celebrada en primera convocatoria el día 17 de septiembre de 2019 y en segunda al día siguiente en igual horario. Del contenido de la convocatoria resulta que su orden del día comprende, entre otros, los puntos a que se refiere el artículo 164 de la Ley de Sociedades de Capital.

III

El Registrador Mercantil de Madrid núm. 8, don Luis María Stampa y Piñeiro dictó resolución en fecha 22 de julio de 2019 por la que acordó estimar la oposición y desestimar la solicitud del socio. Resulta del expediente que la anterior resolución fue entregada al interesado en fecha 3 de septiembre de 2019.

IV

Don F. A. F., por escrito de fecha 20 de septiembre de 2019, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Madrid, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: «1.º Que la justificación de la administración social para justificar el retraso de la convocatoria es incierta pues la socia mayoritaria sufría una enfermedad incapacitante que ya le impidió acudir a las juntas de 2017 y 2018. Que también es incierto el motivo alegado de dificultad de encontrar una notaría en el mes de agosto dado que la ciudad de Madrid dispone de más de cien nota-

rios. 2.º Que el motivo por el que el registrador ha decidido no convocar es porque ha dado crédito al documento aportado por la sociedad que es falso. Que en la página web de la sociedad no existe ninguna convocatoria publicada el día 12 de julio sino una publicación de fecha 16 de agosto con una convocatoria para el día 17 de septiembre y que figura fechada el día 15 del citado mes. 3.º Que ni siquiera dicha convocatoria era real pues en fecha 16 de septiembre se ha enviado por correo electrónico la anulación de la convocatoria señalándose una nueva convocatoria, sin orden del día, para el día 28 de octubre de 2019. 4.º Que se está evitando de forma fraudulenta la convocatoria de junta general.»

Acompaña a su recurso copia de convocatoria de junta general fechado el día 15 de agosto para la celebración de junta general el día 17 de septiembre en primera convocatoria y al día siguiente en segunda y con un orden del día que comprende los puntos del artículo 164 de la Ley de Sociedades de Capital.

Se acompaña copia de un correo electrónico de fecha 16 de septiembre de 2019 por el que se suspende la junta de la sociedad y se convoca nueva. En escrito adjunto consta que como consecuencia de enfermedad del web máster de la sociedad y aunque se ha subido la convocatoria se ha comprobado la ausencia del complemento de convocatoria por lo que los administradores han acordado la suspensión de la junta prevista para los días 17 o 18 de septiembre para su celebración los días 28 o 29 de octubre, en el mismo lugar y hora y con el mismo orden del día y con el complemento de convocatoria solicitado por don F. A. F.

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 sociedad de responsabilidad limitada solicita la convocatoria de junta ordinaria por falta de convocatoria realizada por el órgano de administración. La sociedad se opone dando determinada justificación por el retraso existente y porque la convocatoria ya se ha llevado a cabo para la celebración de la junta. El registrador desestima la solicitud y el interesado recurre en los términos que resultan de los hechos.

2. Dice así el artículo 169.1 de la Ley de Sociedades de Capital: Si la junta general ordinaria o las juntas generales previstas en los estatutos, no fueran convocadas dentro del correspondiente plazo legal o estatutariamente

establecido, podrá serlo, a solicitud de cualquier socio, previa audiencia de los administradores, por el Secretario judicial o Registrador Mercantil del domicilio social.

De acuerdo con el precepto transcrito, tres son los requisitos que deben ponerse de manifiesto en el expediente registral: que la convocatoria sea solicitada por un socio de la sociedad, que el registrador de audiencia al órgano de administración y que la Junta General ordinaria o estatutaria no haya sido debidamente convocada en el plazo legal o estatutariamente previsto (*vide* resoluciones de 1 de abril y de 26 de mayo de 2016).

Centrándonos en el último de los requisitos expuestos (pues los otros dos no son objeto del presente), el presupuesto de aplicación del artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital es la falta de convocatoria de la junta general ordinaria en el plazo legalmente establecido, no la aprobación de las cuentas anuales. Es el incumplimiento por parte del órgano de administración de la obligación a que se refiere el artículo 164 de la Ley de Sociedades de Capital lo que legitima a cualquier socio a instar la convocatoria por parte del registrador Mercantil. Cumplida la obligación, aun cuando las cuentas anuales no hayan sido objeto de aprobación, no existe legitimación para instar la convocatoria de junta general para la aprobación de las cuentas anuales y demás acuerdos propios de una junta ordinaria.

Establecido lo anterior y teniendo la junta general ordinaria como contenido típico aprobar la gestión social, las cuentas del ejercicio anterior y resolver sobre la aplicación del resultado y siendo válida, aunque se convoque o se celebre fuera de plazo, resulta con claridad que el interés jurídico que pretende proteger el artículo 169.1 está debidamente cumplimentado si resulta del expediente la debida convocatoria. 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.

3. Los argumentos de contrario no son admisibles. En primer lugar, porque constituyendo el objeto del presente expediente la determinación de si procede o no la convocatoria de junta ordinaria y resultando del expediente que la junta se encuentra convocada cualquier otra consideración queda por completo fuera de aquél. Como resulta del número dos del expresado artículo 164: «La junta general ordinaria será válida, aunque haya sido convocada o se celebre fuera de plazo.» La rotundidad con que se expresa el precepto hace innecesario un mayor análisis. Resultando del expediente que la convocatoria de junta general se ha llevado a cabo carece de justificación alguna la pretensión de llevar a cabo una nueva convocatoria con el mismo objeto sin perjuicio del ejercicio de las acciones previstas en el ordenamiento por quien considere que su posición jurídica no ha sido respetada.

En consecuencia, las alegaciones relativas a la pretendida falsedad de la convocatoria llevada a cabo por la administración o a su carácter fraudulento

quedan al margen de la competencia de lo que esta Dirección General puede conocer. Lo relevante es que del expediente resulta que la junta general ordinaria de la sociedad está convocada por la administración, situación que impide que esta Dirección acceda a la convocatoria de una nueva junta general con el mismo objeto.

Esta Dirección General de los Registros y del Notariado ha reiterado (*vide* resoluciones de 9 de marzo, 26 de mayo, 15 de junio de 2016, 30 de mayo y 18 de septiembre de 2017 y 7 de febrero de 2018), que el objeto de este expediente no reside en resolver las distintas cuestiones que la parte recurrente señala en sus escritos de solicitud y recurso. Esta puntualización resulta de especial importancia en un supuesto como el planteado en el expediente en que la existencia de un conflicto social entre el socio que realiza la solicitud y los miembros del órgano de administración que se oponen resulta evidente.

El objeto de este expediente tiene el limitado alcance definido por el artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital: determinar si concurren o no los requisitos para la convocatoria de Junta General de sociedad de capital por el registrador mercantil. La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la Constitución Española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

Esta Dirección General de los Registros y del Notariado carece de competencia para pronunciarse sobre las cuestiones señaladas por el recurrente por lo que no puede pronunciarse al respecto. 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 su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Madrid núm. 8, don Luis María Stampa y Piñeiro de fecha 22 de julio 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 noviembre de 2019 (1.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.

Resolución de 12 de noviembre de 2019 (2.ª)

En el expediente CJ-4/2019 sobre convocatoria de Junta General a instancia de un socio de «Altaham Properties, S.L.».

HECHOS

I

Don J. U. S., actuando como administrador de la sociedad «Fort Banus 2017, S.L.» presentó un escrito de fecha 11 de agosto de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Málaga, donde tuvo entrada el día inmediato posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio su representada de la mercantil «Altaham Properties, S.L.», la convocatoria de Junta General de la sociedad por darse los presupuestos establecidos en dicho precepto.

Del escrito de solicitud y de la documentación que le acompaña resulta:

a) Que en fecha 23 de mayo de 2019 se autorizó por el notario de Marbella don José Ordóñez Cuadros acta de envío por correo a instancia del hoy solicitante. Que en dicha acta se requería al notario para que remitiese a la sociedad «Altaham Properties, S.L.» solicitud de convocatoria de junta general con el siguiente orden del día: 1. Explicación de porqué la administradora única ha certificado la realización de juntas generales ordinarias con carácter universal desde el año 2007 al 2017, ambos inclusive, cuando no se ha notificado a los socios las convocatorias de juntas ni han comparecido ni otorgado representación ninguno de los administradores de las dos sociedades que son socios de «Altaham Properties, S.L.» 2. Que se informe a la junta de los términos del contrato de alquiler en virtud del cual uno de los locales de la entidad se alquila a una sociedad que es propiedad al 100 % de la administradora, y si esta operación vinculada está declarada y valorada a precio de mercado y si la arrendadora ha cumplido con sus obligaciones de pagos. Al igual que si en dicho contrato de alquiler los gastos del IBI y de comunidad de Puerto Banús que ascienden a 50.000 euros anuales los paga el arrendador o el arrendatario. 3. Explicación de si los gastos de la reforma y redecoración del restaurante que explota la arrendadora «Leone Banus, S.L.» realizados entre 2016 y 2017 han sido satisfechos por «Altaham Properties, S.L.». Con mención expresa de las partidas pagadas a A; U; T; y J. 4. Explicación de su el bmw x5 adquirido por 69.900 euros que utiliza personalmente S. N., administrador de. «D. Leone Banus, S.L.» (arrendadora) ha sido pagado por «Altaham Properties, S.L.» y que utilidad reporta esto a «Altaham Properties, S.L.» cuya fuente de ingresos es la obtención de rentas pasivas de alquileres cuyos inquilinos son los mismos desde hace más de 10 años. 5 Expli-

cación sobre el incremento de la partida «otros gastos de explotación» que frente a su importe histórico en los últimos 4 años su importe ha sido unas diez veces superior a lo que venía siendo habitual. 6. Aprobación o reprobación de la gestión del órgano de administración. Y en su caso, propuesta de nuevo administrador único.»

Resulta del acta diligencia de notario autorizante de fecha 3 de junio de 2019 que ha recibido el acuse de recibo de las dos notificaciones realizadas.

b) Que han transcurrido dos meses desde el requerimiento.

c) Que anteriormente se solicitó convocatoria de junta que, tras los pertinentes trámites, finalizó con la Resolución de la DGRN de fecha 24 de septiembre de 2018. Que en aquel momento no se disponía del certificado del antiguo administrador de «Altaham Properties, S.L.» indicando la titularidad de las participaciones ni del escrito de determinado juzgado en el que se reconoce la titularidad de los socios.

Que la totalidad de las participaciones de la sociedad «Altaham Properties, S.L.»fueron adquiridas en Gibraltar en el año 2000 por una sociedad denominada «Kingsbury Enterprises Limited» domiciliada en Delaware (USA).

Que en 2006 la entidad «Kingsbury Enterprises Limited» fue disuelta y entregadas su cuota de liquidación a los dos socios, una de ellas la sociedad de Belice Fort 298 Limited, hoy Fort Banus 2017 S.L. Se acompaña testimonio expedido por un notario de Gibraltar en fecha 20 de febrero de 2013, debidamente apostillado, del que resulta que la sociedad Kingsbury Enterprises Limited es una sociedad registrada en Delaware y que el documento que se anexa es copia de su original. Se acompaña un documento de certificación de la junta celebrada el día 3 de octubre de 2006 de la sociedad Kingsbury Enterpraises Limited del que resulta que presente una mayoría de socios y existiendo quorum se lleva a cabo el reparto de las participaciones de la sociedad Altaham Properties S.L. a la sociedad Fort 298 Limited, domiciliada en Belice, y a otra sociedad. No consta quien firma el escrito (sólo resulta que es el presidente representado a una sociedad denominada Acquarius Management Services Limited). También se acompaña un testimonio expedido en Delaware el día 15 de agosto de 2016, del que resulta la disolución de la sociedad Kingsbury Enterpraises Limited.

Que el día 1 de diciembre de 2006 el administrador solidario de Altaham Properties certificó la titularidad de cada uno de los dos socios. Se acompaña. La firma esta notarialmente legitimada en fecha 22 de octubre de 2013.

Que la administradora ejerce su cargo desde hace 12 años sin que se haya realizado la legalización de libros.

Que la legitimación de la solicitante resulta de los siguientes hechos:

a) Que la sociedad Fort 298 Limited, hoy solicitante, fue trasladada desde Gibraltar a España con la denominación Fort Banus 2017 S.L., resultando del informe del experto independiente la titularidad como único activo de la sociedad trasladada, las participaciones de Altaham Properties.

b) Que resulta de la certificación emitida por quien fue administrador solidario de la sociedad el día 1 de diciembre de 2006 cuya firma se legitima por el notario de Marbella don Joaquin María Crespo Candela el día 22 de octubre de 2013.

c) Que en determinado pleito la administradora reconoció la titularidad de la sociedad Fort 298 Ltd., de la que trae causa la solicitante. Se acompaña una solicitud dirigida al Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Marbella de la que resulta la afirmación de que Fort 298 Ltd., era propietaria de determinadas participaciones de Altaham Properties S.L. Se acompaña diligencia del juzgado de fecha 8 de mayo de 2019 en el procedimiento de ejecución de títulos judiciales 225/2018 contra Fort 298 Ltd., por la que se acuerda su unión a los autos.

Se acompaña providencia del magistrado juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Marbella don A.J.S.M. de fecha 13 de enero de 2010 recaída en los autos de procedimiento ordinario 985/2009 por la que se acuerda unir el escrito presentado por el procurador de la hoy administradora por la que promueve declinatoria. Del escrito se deduce que el objeto principal se refiere al cumplimiento de determinado contrato.

Específicamente solicita del registrador mercantil:

a) Que lleve a cabo la convocatoria de Junta General con el orden del día que resulta del requerimiento notarial.

b) Que designe como secretario a determinado notario y como presidente al solicitante, así como que se señale como lugar de celebración el de la notaria.

II

El Registrador Mercantil de Málaga núm. 3, don José Miguel Crespo Monerri dictó resolución en fecha 26 de agosto de 2019 por la que acordó no admitir a trámite la solicitud de convocatoria. Fundamenta su resolución en lo siguiente: 1.º De conformidad con la resolución de 24 de septiembre de 2018 no es admisible la justificación de la legitimación alegada pues la documentación aportada (documento dos del notario de Gibraltar), no acredita la condición de socio como no se acredita con el documento expedido en Delaware. 3.º Que en cuanto a la certificación llevada a cabo por quien fue administrador solidario de la sociedad en 2006, y que sería equiparable a una certificación del libro registro de socios, no resulta de los archivos del registro legalización de libro alguno de registro de socios. Que aunque así no fuera el libro registro no tiene porqué reflejar la realidad, amén de que la certificación es del año 2006 pudiendo haber variado las circunstancias como resulta de la existencia de procedimientos posteriores como son el procedimiento 985/2009 y el procedimiento de ejecución de títulos judiciales 225/2018, procedimientos que tienen por objeto la titularidad de las participaciones que el solicitante reclama como de su titularidad.

III

Don J. U. S., en el concepto en que actúa, por escrito de fecha 14 de septiembre de 2019, que tuvo entrada el día 18 posterior 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 se acompañan debidamente traducidos y apostillados los documentos que el registrador había señalado en su resolución (certificado de disolución de Kingsbury y acta de liquidación de activos de esta última). 2.º Que son hechos que han de considerarse probados los siguientes: a) Que la compañía Kingsbury Limited compro todas las participaciones de Altaham Properties S.L. –menos una– en escritura ante notario de Gibraltar el día 22 de noviembre de 2000 lo que no constituye hecho discutido. Se acompaña copia. La compañía Altaham Properties S.L. aceptó dicho documento siendo todos los acuerdos sociales realizados por el socio único *(sic)* Kingsbury entre 2000 y 2006 inscritos en el Registro Mercantil de Málaga. b) Kingsbury fue disuelta el día 15 de agosto de 2006 como resulta de la certificación del secretario del Estado de Delaware, adjuntándose la traducción jurada. La liquidación fue realizada semanas después, el día 3 de octubre de 2006 según resulta del acta que se aportó al expediente, disolución que habría sido imposible sin el voto de la administradora de Altaham Properties S.L. por medio de la sociedad Hitchwave sin que sea creíble que se hizo sin su consentimiento como acredita que no haya interpuesto acción alguna. Que si el socio único sigue siendo Kingsbury no se explica que no haya

comparecido a ninguna de las juntas generales celebradas entre 2007 y 2019. Que de aquí resulta la falsedad de las manifestaciones de la administradora en el anterior procedimiento de convocatoria. c) Que no se discute la afirmación de la Dirección General de los Registros y del Notariado de que el documento de disolución y adjudicación de activos de Kingsbury de fecha 3 de octubre de 2006 es un documento que excede de la facultad revisora del registrador pero debe ser tenido en cuenta junto con la certificación del administrador de Altaham manifestando la identidad de los socios que coincide con los otros documentos así como con la providencia del juzgado declarando embargadas las participaciones de Fort 298 en Altaham que da como hecho probado dicha titularidad. d) Que la señora J. V. L. fue nombrada administradora de la sociedad en fecha 9 de octubre de 2006, días después de la liquidación de Kingsbury. Que si fuera cierto que ella es la única socia de Altaham a través de la sociedad Kingsbury habría aportado el acta de esta firmada por quien era su administradora. Pero lo cierto es que no fue así porque Kingsbury ya estaba disuelta a dicha fecha. e) Que la administradora niega que Fort Banus 2017 S.L. sea socia de Altaham Properties S.L. pero no aporta documentación alguna de que ella y sus hijos sean los socios a través de Kingsbury. f) Que la administradora cometió una falsedad flagrante en el anterior expediente al afirmar que era socia única de Altaham Properties S.L. como resultó entonces y como resulta de los autos 985/2009. g) Que la administradora no ha cumplido con su obligación de legalizar libros de socios a pesar de llevar doce años en el puesto. h) Que la administradora en su escrito presentado ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Marbella autos 985/2009 admitió que los socios de Altaham son dos: Fort 298 y otra sociedad. Que el procedimiento fue archivado al aceptarse la declinatoria. i) Que en el procedimiento 225/2018 de ejecución de títulos judiciales seguido en el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Marbella constan embargadas las participaciones que ostenta Fort Banus 2017 S.L. en Altaham Properties S.L. según resulta de la diligencia de 8 de mayo de 2019 aportada al expediente. j) Que se reitera que en la escritura de traslado del domicilio desde Gibraltar a España el informe del experto incluye las participaciones que ostenta Fort 298 Ltd en Altaham Properties S.L. k) Que la única beneficiada de la opaca estructura de la sociedad Kingsbury y de su disolución es la administradora que impide el reconocimiento como socio de la sociedad Fort Banus 2017 S.L. 3.º Que la certificación expedida por el administrador en 2006 es valorada por el registrador en el sentido de que, por su fecha, no acredita la titularidad actual. Que tanto la administradora, que mantiene su titularidad única, como la parte recurrente afirman que no ha existido ningún movimiento de socios desde aquella fecha. Que tampoco se deduce ninguna atribución o reconocimiento de titularidad de participaciones derivados del procedimiento 985/2009 que fue archivado al aceptarse la declinatoria. Que el procedimiento 225/2018 está abierto pero, como los anteriores, no tiene por objeto la titularidad de las participaciones si no su ejecución. 4.º Que la resolución de 2018 se dictó cuando no se disponía de la misma documentación que ahora. Que la documentación debe valorarse en función de las circunstancias dado que el diseño opaco que hizo la administradora impone dificultades probatorias a la parte. Que el certificado de liquidación de Kingsbury debe valorarse conjuntamente con el resto de documentos aportados. 5.º Que no es correcto basar la resolución del registrador en los mismos argumentos que la resolución de 2018 cuando ahora se aportan nuevos documentos. Que no es cierto que en el procedimiento 225/2018 se esté dilucidando la titularidad de las participaciones por lo que no hay litispendencia. Que además de consumarse la transmisión de las participaciones por la ejecución el promotor del expediente perdería definitivamente su legitimación. Que con esta decisión se produce una manifiesta indefensión del promotor cuando el decreto de 5 de marzo de 2018 en dicho procedimiento declara como embargadas las participaciones que la ejecutada, ahora promoviente, tiene en Altaham Properties S.L. sin que a la fecha del escrito de recurso haya existido otra actuación que un requerimiento

a la administración para que aporte información sobre la existencia de cláusulas limitativas de la transmisibilidad.»

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 del Registrador Mercantil por un socio de una sociedad de responsabilidad limitada la convocatoria de junta general al amparo del artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital, el registrador no admite a trámite la solicitud, en esencia, porque no considera acreditada la legitimación del solicitante. La sociedad socio recurre en los términos que resultan de los hechos.

2. El artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital dice así: «1. Si la junta general ordinaria o las juntas generales previstas en los estatutos, no fueran convocadas dentro del correspondiente plazo legal o estatutariamente establecido, podrá serlo, a solicitud de cualquier socio, previa audiencia de los administradores, por el Secretario judicial o Registrador Mercantil del domicilio social. 2. Si los administradores no atienden oportunamente la solicitud de convocatoria de la junta general efectuada por la minoría, podrá realizarse la convocatoria, previa audiencia de los administradores, por el Secretario judicial o por el Registrador Mercantil del domicilio social.»

En relación con el expediente por el que el Registrador Mercantil decide si procede o no la convocatoria de junta general de sociedad de capital, regulación introducida por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, esta Dirección General ha elaborado una doctrina que es procedente traer a colación habida cuenta del modo en que se ha desarrollado su tramitación.

La atribución competencial a los registradores mercantiles llevada a cabo por la reforma que de la Ley de Sociedades de Capital ha llevado a cabo la disposición final decimocuarta de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, no debe confundirse con la de calificación que le atribuye el artículo 18 del

Código de Comercio, que constituye el núcleo de su función y que se rige por las reglas generales contenidas en el propio Código y en sus normas de desarrollo (*vide* resoluciones en materia de convocatoria de juntas generales de fechas 7 y 9 de marzo, 25 de abril, 15 de junio y 7 de noviembre de 2016). La competencia de tramitar el expediente de convocatoria de Junta General de una sociedad de capital debe encuadrarse entre aquellas a las que se refiere el artículo 16.2 del Código de Comercio y que vienen desarrolladas en el Título Tercero del Reglamento del Registro Mercantil que expresivamente se denomina «De otras funciones del Registro Mercantil».

Esta Dirección General ha afirmado en múltiples ocasiones en sede de recursos en materia de nombramiento de auditores a instancia de la minoría *(vid.* Resoluciones de 26 de junio y 28 de julio de 2014, por todas), así como en materia de generación o renovación del código identificador de persona jurídica (*vide* resolución de 16 de julio de 2015), que determinadas funciones encomendadas legalmente al registrador se encuadran en esas «otras funciones del Registro», a que se refiere el artículo 16.2 del Código de Comercio, funciones que son distintas de las relativas a la inscripción de los empresarios y sus actos (art. 16.1 del Código de Comercio). A diferencia de ésta, presidida por la función calificadora como control de legalidad que en aras del interés público a que responde la publicidad registral es llevado a cabo por el Registrador Mercantil de forma unilateral y objetiva, en los expedientes sobre nombramiento de auditores existe un foro de contraposición de intereses que ha de resolver el registrador como órgano de la Administración (Resolución de 15 de julio de 2005). De este modo, la decisión del Registrador Mercantil declarando la procedencia de la convocatoria de Junta General no tiene el carácter de calificación registral, sino que es un acuerdo adoptado por quien en este procedimiento regulado en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil es la autoridad pública competente para resolver la solicitud (Resoluciones de 13 de enero de 2011 y 10 de julio de 2013, entre otras). De aquí se derivan importantes consecuencias como son el escaso rigorismo formal del procedimiento (por todas, Resolución de 21 de julio de 2010), la existencia de un procedimiento distinto al propio de la calificación registral, así como la existencia de un sistema de recursos igualmente distinto y, finalmente, la aplicación de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en lo no previsto por una norma específica.

La misma doctrina es aplicable al expediente registral a través del que se da respuesta a la solicitud prevista en el artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital. En definitiva, que como ocurre con la competencia de nombramiento de expertos independientes y auditores o la de gestionar el denominado código identificador de entidades jurídicas, la de convocar juntas generales no es una función de calificación.

3. La ausencia de un procedimiento registral específico para que el Registrador Mercantil lleve a cabo el ejercicio de su competencia, a la espera

de una futura reforma del Reglamento del Registro Mercantil, ha sido objeto de atención por esta Dirección General de los Registros y del Notariado que en su resolución de contestación de consulta de 20 de noviembre de 2015, ha recordado que en relación al procedimiento que debe seguirse para tramitar expedientes desjudicializados de Jurisdicción Voluntaria por el Registrador Mercantil hay que partir de aquellos supuestos en que la Ley, en los distintos expedientes, contiene una remisión expresa a lo previsto para ello en el Reglamento del Registro Mercantil. Así, en el artículo 40 del Código de Comercio; artículos 139 y 140 de la Ley de Sociedades de Capital; artículo 266.2 de la Ley de Sociedades de Capital; artículo 377 de la Ley de Sociedades de Capital; artículo 381.2 y artículo 422 de la Ley de Sociedades de Capital. Falta sin embargo remisión expresa al Reglamento del Registro Mercantil en los supuestos de convocatoria de junta por el registrador (cfr. arts. 169 y 170 de la Ley de Sociedades de Capital) o en la separación y sustitución de liquidadores (arts. 380 y 389 de la Ley de Sociedades de Capital). Sin embargo, también en estos casos de ausencia de una remisión expresa al Reglamento del Registro Mercantil debemos entender que se aplicará el procedimiento que allí estuviere contemplado. Téngase en cuenta que, aunque en materia de convocatoria registral de junta, nada se dice sobre las normas a las que se ajustará el procedimiento, en sede de convocatoria de asamblea el artículo 422.3 de la Ley de Sociedades de Capital sí se contiene una expresa remisión al Reglamento del Registro Mercantil.

Mientras no se dicte un nuevo Reglamento del Registro Mercantil habrá que aplicar las reglas de procedimiento que por su función y naturaleza sean idóneas. El modelo de referencia de procedimiento registral que debe servir de marco para tramitar estos expedientes es el establecido en el Capítulo II del Título III, del nombramiento de expertos y de auditores de cuentas, artículos 338 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y muy especialmente, habida cuenta que debe darse traslado a la sociedad y debiéndose permitir al empresario o sociedad formular oposición, lo establecido en cuanto a auditores en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

A diferencia del procedimiento previsto en materia de nombramiento de expertos independientes por el Registrador Mercantil (en que solo se contempla la posibilidad de formular oposición en el caso de la recusación del nombrado), en el de nombramiento de auditores siempre ha existido un trámite por escrito de audiencia que permite ventilar la contradicción dentro del procedimiento. Esta afirmación es especialmente relevante por cuanto como prevé el artículo 169.2 de la Ley de Sociedades de Capital la convocatoria por el registrador se llevará a cabo previa audiencia de los administradores, estableciendo así la obligación legal de que el procedimiento comprenda el oportuno trámite para que la sociedad pueda pronunciarse sobre la solicitud.

En definitiva. se aplicarán, en primer lugar, las reglas particulares del procedimiento previsto en materia de auditores (que contiene un mecanismo pro-

cedimental para solventar la audiencia de la sociedad) contenidas en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil. En lo no previsto, cabe la aplicación supletoria de primer grado de lo establecido en el propio Reglamento del Registro Mercantil en materia de nombramiento de expertos independientes *(vid.* art. 364 del Reglamento del Registro Mercantil). Hay una aplicación supletoria de segundo grado de lo establecido en el procedimiento registral común e hipotecario *(vid.* art. 80 del Reglamento del Registro Mercantil sobre remisión al Reglamento Hipotecario) y, en fin, en lo no previsto aún, cabe entender con la doctrina Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de expedientes de expertos y auditores, que existe una supletoriedad de tercer grado de la legislación acerca del procedimiento administrativo común.

4. Así las cosas, resulta que el procedimiento no se ha llevado de conformidad con las previsiones de los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, tal y como queda debidamente motivado, siendo así que el trámite de audiencia a la sociedad Altaham Properties S.L., previsto en el artículo 169.2 de la Ley de Sociedades de Capital y en el artículo 354 del propio reglamento es de absoluta pertinencia habida cuenta del innegable interés que tiene en las resultas del procedimiento.

Como ha quedado expuesto, no pueden confundirse aquellos supuestos en los que, por no existir intereses contrapuestos, resulta innecesaria la audiencia a otra parte distinta del propio solicitante (*vide* arts. 67, 265.1, 301 y 303 de la Ley de Sociedades de Capital y artículos 18, 34, 49.2, 52.2 y 78 de la Ley 3/2009, de 3 de abril de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles), de aquellos otros supuestos en los que la existencia de tales intereses hace forzosa la audiencia a la otra parte so pena de nulidad del expediente (*vide* arts. 47 y 48 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas en relación con los artículos 128.3, 169, 265.2, 346, 348 bis y 350 de la Ley de Sociedades de Capital).

Dispone el 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.»

Y dice así el artículo 354.1 del Reglamento del Registro Mercantil, «…el Registrador trasladará a la sociedad afectada copia de la instancia y de los documentos adjuntos a ella…»

Como resulta de los hechos, ante la solicitud de un socio para que se lleve a cabo la convocatoria de junta general al amparo de la previsión del artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital, el registrador ha desestimado la instrucción del expediente sin dar traslado a la otra parte lo que conlleva la imposibilidad de que esta Dirección se pronuncie. Téngase en cuenta que la cuestión de la legitimación del socio está directamente relacionada con el trámite de audiencia a la sociedad y con su derecho de oposición. Dice así el artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil: La sociedad sólo podrá oponerse al nombramiento solicitado si en el plazo de cinco días, a contar

desde la fecha de la notificación, aporta prueba documental de que no procede el nombramiento o si niega la legitimación del solicitante…

Es cierto que es doctrina consolidada de esta Dirección General que el registrador tiene competencia para entrar a dilucidar la legitimación del solicitante y que está obligado a ello aun cuando la sociedad no haya contestado en ejercicio de su derecho de oposición, pero en ambos casos es ineludible el traslado de la solicitud a la sociedad para que esta alegue lo que le convenga en derecho.

5. Dispone así el artículo 47.1 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas: Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:… e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido…» Por su parte el artículo 48.2 del mismo cuerpo legal dice: «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.»

Resulta patente que el procedimiento se ha tramitado sin el necesario respeto al principio de igualdad entre las partes causando una evidente indefensión a la sociedad que ni ha sido notificada de la existencia de la solicitud ni ha tenido a su disposición la instancia del solicitante ni la documentación que a la misma acompañaba. No procede que esta Dirección se pronuncie ahora sobre la cuestión de fondo pues para ello habría sido preciso que la sociedad respecto de la que se solicita la convocatoria de junta general hubiese dispuesto de la oportunidad de examinar la documentación aportada por el solicitante, así como de emitir opinión al respecto.

Esta Dirección General de los Registros y del Notariado resuelve.

1.º Dejar sin efecto la resolución del Registrador Mercantil de Málaga núm. 3, don José Miguel Crespo Monerri de fecha 26 de agosto de 2019 por las que se resuelve no admitir a trámite.

2.º Retrotraer el expediente a la fase de instrucción, en concreto al momento en que se presentó la instancia por parte del solicitante y devolver el expediente al registrador a fin de que pueda llevar a cabo su correcta instrucción.

3.º Ordenar que se dé traslado del contenido de la solicitud del socio y de la documentación que la acompaña, así como de la posteriormente aportada al expediente, a la sociedad a los efectos previstos en el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil.

En su virtud, esta Dirección General resuelve resolver en los términos anteriores y anular la resolución del Registrador Mercantil de Málaga núm. 3, don José Miguel Crespo Monerri de fecha 26 de agosto 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 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 noviembre de 2019 (2.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.

Resolución de 3 de diciembre de 2019 (3.ª)

En el expediente 15/2019 sobre convocatoria de Junta General a instancia de socias de «Urbem, S.A.».

HECHOS

I

Doña V. P. O. y doña M. I. P. O. presentaron un escrito de fecha 29 de julio de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Valencia, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitaron, al amparo del artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital y como socias de la mercantil «Urbem SA.», la convocatoria de Junta General de la sociedad por darse los presupuestos establecidos en dicho precepto.

Del escrito de solicitud y de la documentación que le acompaña resulta:

a) Que la junta general ordinaria de la sociedad no ha sido convocada dentro del plazo legal.

b) Que siendo necesario el traslado de la solicitud al administrador de la sociedad entienden que debe realizarse al administrador inscrito en el Registro Mercantil.

Que para el caso de que el registrador entienda que no es posible conocer con certeza el órgano de administración, se proceda de acuerdo a la doctrina de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de noviembre de 2015.

Que si el registrador entiende que existe una situación de acefalia en la sociedad se proceda a la convocatoria de la junta general al amparo del artículo 171 de la Ley de Sociedades de Capital para que se designe administrador único.

Que si el Registrador Mercantil entiende que la modificación estatutaria por la que se creó la página web de la sociedad ha quedado sin efecto, se proceda de conformidad con el artículo 173 de la Ley de Sociedades de Capital.

Específicamente solicitan del registrador mercantil:

a) Que lleve a cabo la convocatoria de Junta General con el orden del día propio de la junta general ordinaria

b) Que subsidiariamente se convoque junta general al amparo del artículo 171 de la Ley de Sociedades de Capital con el único punto del orden del día siguiente: «nombramiento de administrador único.»

c) Que designe como secretario a determinado notario de Valencia.

d) Que designe como lugar de celebración el del domicilio profesional del notario designado para que actúe como secretario.

e) Que se designe como presidente a don J. V. Ch. Ch. autorizándole para que realice los actos necesarios hasta declarar la válida constitución de la junta.

f) Que determine el modo de convocatoria de la junta general habida cuenta de lo establecido al respecto.

II

El Registrador Mercantil de Valencia núm. 4, don Juan Carlos Ramón Chornet dictó resolución en fecha 2 de septiembre de 2019 por la que acordó denegar la solicitud porque de acuerdo con los datos obrantes en la hoja de la sociedad no es posible conocer con certeza la identidad del órgano de administración ni, especialmente, la composición accionarial que debería integrar la junta general sin que sea el expediente iniciado de jurisdicción voluntaria idóneo para resolver dichas cuestiones que se encuentran impugnadas en sede judicial.

De la resolución del registrador resulta que la situación del Registro Mercantil en relación a la hoja social es la siguiente:

a) Inscripciones 62 y 63 de rectificación, de las que resulta la sentencia de 5 de marzo de 2015 por la que se declara la nulidad de la suscripción de acciones que dio lugar a la inscripción 51, así como los acuerdos sociales de ampliación de capital, suscripción de acciones y modificación de estatutos que motivaron la inscripción 52, que constan canceladas.

b) Inscripción 64 de la sentencia de 6 de marzo de 2014 por la que se declara la nulidad de los acuerdos de 30 de junio de 2011, relativos al nombramiento de administrador único que dieron lugar a la inscripción 50 que se cancela.

c) Anotación letra F derivada del auto de 22 de marzo de 2019 contra las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 y 24 de enero de 2019 por las que se ordena la inscripción de los acuerdos de la junta general de la sociedad convocada judicialmente. En dichas resoluciones se ordenó la práctica de la inscripción de determinados instrumentos de elevación a público de acuerdos de cese y designación de administrador.

d) Anotación letra G de constancia de la sentencia de 25 febrero de 2019 por la que se declara la nulidad de los acuerdos adoptados por las juntas de 15 de enero y 30 de junio de 2016 sobre reelección de administrador único y que dieron lugar a la inscripción 58.

e) Asiento de presentación de instrumento de elevación a público de acuerdos adoptados en junta general de 28 de agosto de 2018.

f) Asiento de presentación de instrumento público en el que se determina la composición accionarial de la sociedad.

g) Asiento de presentación de determinada sentencia que declara la nulidad de los acuerdos adoptados en la junta general de 23 de junio de 2017

h) Asiento de presentación de instrumento de elevación a público de acuerdos de aumento de capital.

i) Asiento de presentación de determinado auto por el que se ordena anotación preventiva de querella.

j) Asiento de presentación de un escrito al que se acompaña resolución dictada en diligencias previas en la que se ordena a determinada persona que se abstenga de irrogarse la representación social.

III

Doña V. P. O. y doña M. I. P. O., por escrito de fecha 17 de septiembre de 2019, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Valencia, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a, resumidamente, los siguientes argumentos: «1.º Que el registrador no ha procedido conforme a las previsiones del artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital y del Reglamento del Registro Mercantil pues debió proceder a la apertura de expediente y a notificar a quien según registro aparece como administrador (con cita de sentencia). Que conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria los asientos practicados constituyen un elemento esencial y un límite de la función calificadora pues la presunción de certeza no limita sus efectos al derecho hipotecario, sino que se extiende de los demás campos del derecho sin que la decisión del registrador pueda fundamentarse, no en juicio de legalidad sino de oportunidad. Que el argumento no se sostiene pues sea quien sea el administrador su sola oposición no es suficiente para denegar la convocatoria (con cita), como no lo es la posible dificultad en la preparación de la junta general que en cualquier caso podrá tomar acuerdos sobre el cese del administrador y el ejercicio de la acción social de responsabilidad. 2.º Que sólo después de realizado el trámite debería haber procedido la calificación del registrador de conformidad con el Reglamento del Registro Mercantil. Que sorprende que sea un registrador el que eche por tierra la función de los registros poniendo en duda la exactitud y validez del contenido de sus propios libros. 3.º Que la mención a la composición accionar es sorprendente pues no forma parte de los asientos registrales de la sociedad siendo competencia del órgano de administración la llevanza del libro registro de acciones nominativas. Que está utilizando el expediente para resolver que el administrador inscrito no es legítimo y que los socios mayoritarios no pueden ejercer su mayoría.»

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 octu-

bre, 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. Para la debida resolución del expediente y habida cuenta de los términos en que se expresa la resolución del registrador y el escrito de recurso, es preciso recordar la doctrina de esta Dirección General de los Registros y del Notariado sobre la naturaleza del mismo.

De acuerdo a dicha doctrina, la atribución competencial a los registradores mercantiles llevada a cabo por la reforma que de la Ley de Sociedades de Capital ha llevado a cabo la disposición final decimocuarta de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, no debe confundirse con la de calificación que le atribuye el artículo 18 del Código de Comercio, que constituye el núcleo de su función y que se rige por las reglas generales contenidas en el propio Código y en sus normas de desarrollo (*vide* resoluciones en materia de convocatoria de juntas generales de fechas 7 y 9 de marzo, 25 de abril, 15 de junio y 7 de noviembre de 2016). La competencia de tramitar el expediente de convocatoria de Junta General de una sociedad de capital debe encuadrarse entre aquellas a las que se refiere el artículo 16.2 del Código de Comercio y que vienen desarrolladas en el Título Tercero del Reglamento del Registro Mercantil que expresivamente se denomina «De otras funciones del Registro Mercantil».

Esta Dirección General ha afirmado en múltiples ocasiones en sede de recursos en materia de nombramiento de auditores a instancia de la minoría *(vid.* Resoluciones de 26 de junio y 28 de julio de 2014, por todas), así como en materia de generación o renovación del código identificador de persona jurídica (*vide* resolución de 16 de julio de 2015), que determinadas funciones encomendadas legalmente al registrador se encuadran en esas «otras funciones del Registro», a que se refiere el artículo 16.2 del Código de Comercio, funciones que son distintas de las relativas a la inscripción de los empresarios y sus actos (art. 16.1 del Código de Comercio). A diferencia de ésta, presidida por la función calificadora como control de legalidad que en aras del interés público a que responde la publicidad registral es llevado a cabo por el Registrador Mercantil de forma unilateral y objetiva, en los expedientes sobre nombramiento de auditores existe un foro de contraposición de intereses que ha de resolver el registrador como órgano de la Administración (Resolución de 15 de julio de 2005). De este modo, la decisión del Registrador Mercantil declarando la procedencia de la convocatoria de Junta General no tiene el carácter de calificación registral, sino que es un acuerdo adoptado por quien en este procedimiento regulado en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil es la autoridad pública competente para resolver la solicitud (Resoluciones de 13 de enero de 2011 y 10 de julio de 2013, entre otras). De aquí se derivan importantes consecuencias como son el escaso rigorismo formal del procedimiento (por todas, Resolución de 21 de julio de 2010), la existencia de un procedimiento distinto al propio de la calificación registral,

así como la existencia de un sistema de recursos igualmente distinto y, finalmente, la aplicación de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en lo no previsto por una norma específica.

La misma doctrina es aplicable a el expediente registral a través del que se da respuesta a la solicitud prevista en el artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital. En definitiva, que como ocurre con la competencia de nombramiento de expertos independientes y auditores o la de gestionar el denominado código identificador de entidades jurídicas, la de convocar juntas generales no es una función de calificación.

2. 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 hay que partir de aquellos supuestos en que la Ley, en los distintos expedientes, contiene una remisión expresa a lo previsto para ello en el Reglamento del Registro Mercantil. Así, en el artículo 40 del Código de Comercio; artículos 139 y 140 de la Ley de Sociedades de Capital; artículo 266.2 de la Ley de Sociedades de Capital; artículo 377 de la Ley de Sociedades de Capital; artículo 381.2 y artículo 422 de la Ley de Sociedades de Capital. Falta sin embargo remisión expresa al Reglamento del Registro Mercantil en los supuestos de convocatoria de junta por el registrador (cfr. arts. 169 y 170 de la Ley de Sociedades de Capital) o en la separación y sustitución de liquidadores (arts. 380 y 389 de la Ley de Sociedades de Capital). Sin embargo, 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 de obligacionistas, el artículo 422.3 de la Ley de Sociedades de Capital sí se contiene una expresa remisión al Reglamento del Registro Mercantil.

Mientras no se dicte un nuevo Reglamento del Registro Mercantil habrá que aplicar las reglas de procedimiento que por su función y naturaleza sean idóneas. El modelo de referencia de procedimiento registral que debe servir de marco para tramitar estos expedientes es el establecido en el Capítulo II del Título III, del nombramiento de expertos y de auditores de cuentas, artículos 338 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y muy especialmente, habida cuenta que debe darse traslado a la sociedad y debiéndose permitir al empresario o sociedad formular oposición, lo establecido en cuanto a auditores en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

A diferencia del procedimiento previsto en materia de nombramiento de expertos independientes por el Registrador Mercantil (en que solo se contempla la posibilidad de formular oposición en el caso de la recusación del nombrado), en el de nombramiento de auditores siempre ha existido un trámite por escrito de audiencia que permite ventilar la contradicción dentro del procedimiento. Esta afirmación es especialmente relevante por cuanto como prevé el artículo 169.2 de la Ley de Sociedades de Capital la convocatoria por el registrador se llevará a cabo previa audiencia de los administradores, estableciendo así la obligación legal de que el procedimiento comprenda el oportuno trámite para que la sociedad pueda pronunciarse sobre la solicitud.

En definitiva. se aplicarán, en primer lugar, las reglas particulares del procedimiento previsto en materia de auditores (que contiene un mecanismo procedimental para solventar la audiencia de la sociedad) contenidas en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil. En lo no previsto, cabe la aplicación supletoria de primer grado de lo establecido en el propio Reglamento del Registro Mercantil en materia de nombramiento de expertos independientes *(vid.* art. 364 del Reglamento del Registro Mercantil). Hay una aplicación supletoria de segundo grado de lo establecido en el procedimiento registral común e hipotecario *(vid.* art. 80 del Reglamento del Registro Mercantil sobre remisión al Reglamento Hipotecario) y, en fin, en lo no previsto aún, cabe entender con la doctrina Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de expedientes de expertos y auditores, que existe una supletoriedad de tercer grado de la legislación acerca del procedimiento administrativo común.

3. Así las cosas, la particularidad del supuesto de hecho consiste en que, frente a la inscripción vigente de administrador, del propio contenido del registro resulta la impugnación en el ámbito jurisdiccional de las resoluciones de esta Dirección que sirvieron de cobertura a la inscripción; impugnación que, de prosperar, implicaría la cancelación del asiento de nombramiento de administrador tal y como resulta de los artículos 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria en relación con disposición adicional vigesimocuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social que establece: «La regulación prevista en el sección 5.ª del capítulo IX bis del Título V para los recursos contra la calificación del registrador de la Propiedad es también aplicable a los recursos contra la calificación del Registrador Mercantil y del de Bienes Muebles».

Procede en consecuencia entrar a valorar cual es la trascendencia que dentro del expediente de jurisdicción voluntaria de convocatoria de junta tiene el hecho de que el contenido del Registro Mercantil haya sido impugnado y se encuentre sujeto a las resultas de un procedimiento judicial.

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.».

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. 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. 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.

4. Aplicadas las consideraciones anteriores al supuesto de hecho, resulta acreditado en el expediente que está siendo conocida por los tribunales de justicia la cuestión de quien haya de ostentar la representación de la sociedad pues, a pesar de ostentar el cargo persona determinada y de constar inscrito en el Registro Mercantil, se han impugnado las resoluciones en virtud de las que se practicó la inscripción, circunstancia que resulta de anotación preventiva de la demanda.

Así, no es posible que en el estrecho ámbito de este expediente se dé una respuesta a la solicitud de convocatoria de junta al amparo de artículo 168 de la Ley de Sociedades de Capital por no resultar a quien corresponde ejercitar el derecho de audiencia a que se refiere el artículo 169 de la propia Ley, circunstancia esencial a efectos de la validez de este expediente.

Ante la posibilidad de que el procedimiento se haya desarrollado inaudita parte por no resultar de modo firme la persona a quien corresponda responder en nombre de la sociedad, que evidentemente tiene la condición de interesado (arts. 4.1.c, 53.1.e y 82 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), procede la suspensión del procedimiento.

5. Los argumentos de contrario de las recurrentes no pueden ser estimados. En primer lugar, porque aun siendo cierto que el registrador no debió denegar la apertura de expediente ello no conlleva su desarrollo como ha quedado expuesto sino que, atendidas las circunstancias expuestas, debió proceder a su suspensión en tanto no resulte con carácter firme a quien corresponde la representación de los intereses de la sociedad.

Es igualmente cierto, como expone el escrito de recurso, que los asientos practicados se encuentran bajo la salvaguarda judicial como resulta del artículo 20.1 del Código de Comercio (y no propiamente del artículo 18 de la Ley Hipotecaria que es de aplicación al Registro de la Propiedad), cuando afirma: «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.» Como resulta del propio precepto la presunción está sujeta a revisión jurisdiccional, como ocurre en el supuesto de hecho, y en tal caso, como ha quedado debidamente razonado, el registrador debe suspender su actuación de tramitación del expediente de jurisdicción voluntaria.

Tampoco es exacto afirmar que la persona a quien se notifique la existencia del expediente resulta irrelevante pues su oposición no exime al registrador de apreciar si concurren o no los requisitos para la convocatoria de junta. Como ha quedado debidamente expuesto y para un supuesto como el presente en que existe acreditada indeterminación en la persona que haya de representar los intereses de la sociedad, la posibilidad de que el procedimiento quede viciado de nulidad impone su suspensión hasta que aquella circunstancia quede resuelta definitivamente en vía jurisdiccional.

No se trata en definitiva de que el registrador cuestione el contenido del Registro Mercantil, es que de la propia hoja social consta que está en cuestión en el orden jurisdiccional. No es un criterio de oportunidad sino de legalidad pues la suspensión del procedimiento viene impuesta por la Ley como ha quedado expuesto.

Es cierto, como pone de relieve el escrito de recurso, que la cuestión de quien haya de componer el accionariado de la sociedad a los efectos de la válida constitución de la junta no es, en principio, cuestión que afecte a la decisión del registrador; pero en cualquier caso esta afirmación no desvirtúa las anteriores ni altera las conclusiones derivadas de las consideraciones expuestas.

En definitiva y de acuerdo a lo expuesto, esta Dirección General de los Registros y del Notariado resuelve:

1.º Dejar sin efecto la resolución del Registrador Mercantil de Valencia núm. 4, don Juan Carlos Ramón Chornet de fecha 2 de septiembre de 2019 por las que se resuelve denegar la convocatoria de la junta.

2.º Retrotraer el expediente a la fase de instrucción, en concreto al momento en que se presentó la instancia por parte de las solicitantes a fin de que por parte del registrador se resuelva, de acuerdo con el contenido del registro, la suspensión del procedimiento hasta que la firmeza de la situación le permita su correcta instrucción.

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y resolver de acuerdo a lo expuesto anulando la resolución del Registrador Mercantil de Valencia núm. 4, don Juan Carlos Ramón Chornet de fecha 2 de septiembre de 2019 en los términos expuestos.

Lo que, con devolución del 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 diciembre de 2019 (3.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.

Resolución de 12 de diciembre de 2019 (1.ª)

En el expediente 16/2019 sobre convocatoria de Junta General a instancia de un socio de «Lozy´s Pharmaceuticals, S.L.».

HECHOS

I

Don J. A. E., actuando en representación de «Grupo Geiser Pharma, S.L.» presentó un escrito de fecha 14 de junio de 2019, dirigido al Registro Mercantil de Navarra, 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 «Lozy´s Pharmaceuticals, S.L.», la convocatoria de Junta General de la sociedad por darse los presupuestos establecidos en dicho precepto.

Tras la instrucción del expediente, el Registrador Mercantil de Navarra don Fernando José Carabaña Aguado dictó resolución de fecha 12 de septiembre de 2019 por la que estimaba la pertinencia de la convocatoria de junta general para ser celebrada el día 5 de septiembre de 2019 y con asistencia de determinado notario para levantar acta de la junta.

Mediante escrito, el representante del solicitante manifestó ante el registrador, en fecha 6 de septiembre de 2019, que en la fecha señalada para la celebración de la junta y reunidos los socios al efecto, el notario requerido puso de manifiesto su falta de competencia territorial por lo que la junta no llegó a celebrarse. El presidente del consejo de administración, ante la situación producida, solicitaba del registrador mercantil, bajo el mismo expediente y bajo los mismos presupuestos, la convocatoria para otra fecha.

El Registrador Mercantil de Navarra núm. 2 don Fernando José Carabaña Aguado emitió una resolución de fecha 9 de septiembre de 2019 convocando la junta para el día 30 de septiembre posterior, dentro del mismo expediente y bajo los mismos presupuestos y términos al no existir ningún dato nuevo y ante la constatación de que la junta convocada para el día 5 de septiembre no se había podido realizar por un dato objetivo que se puso de manifiesto en dicho momento.

II

El día 23 de septiembre de 2019 se presenta en el Registro Mercantil escrito suscrito el día 17 inmediato anterior por don A. A. S. t don P. M. M. B., consejeros de la sociedad, en el que solicitan la nulidad de la resolución de fecha 9 de septiembre de 2019 así como su

suspensión de conformidad con el artículo 117 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Con fecha 24 de septiembre de 2019 el Registrador Mercantil de Navarra núm. 2 don Fernando José Carabaña Aguado, emite una nueva resolución desestimando la solicitud por considerar que la celebración de la junta convocada para el día 5 de septiembre no se pudo celebrar por la concurrencia de un hecho objetivo como era la incompetencia territorial del notario señalado en la convocatoria, por lo que considerando que se frustraba la finalidad del expediente señaló nueva fecha para su celebración con el mismo orden del día habida cuenta de que la ausencia del notario provocaría la nulidad de la junta convocada. Que siendo unitario el contenido del expediente es la celebración de la junta convocada la que determinada su extinción por lo que no habiéndose celebrado se señaló nueva fecha. Que el trámite de audiencia fue celebrado con anterioridad de modo que no existe conculcación de los derechos de la sociedad.

III

Contra esta última resolución, don A. A. S. y don P. M. M. B., actuando como secretario y vocal del consejo de administración de la sociedad «Lozy´s Pharmaceuticals, S.L.», y actuando, además, como administradores de la sociedades «Aliante XXI, S.L.»y «Aina, S.L.», socias de la sociedad, mediante escrito de fecha 26 de septiembre de 2019, que tuvo entrada en el Registro Mercantil de Navarra el día inmediato posterior, interponen recurso alegando, resumidamente, lo siguiente: 1.º Que en el expediente de convocatoria de junta general se dictó por el Registrador Mercantil la resolución de 12 de agosto de 2019 por la que acordó que se celebrara el día 5 de septiembre de 2019. Que en dicha fecha, y en contra de lo que afirma el propio registrador, se celebró la junta general y fue desconvocada por el presidente a la vista de la incompetencia territorial del notario compareciente; al día siguiente el socio instante solicito nueva convocatoria a lo que accedió el registrador en fecha 9 de septiembre de 2019, resolución frente a la que se interpuso recurso de reposición solicitando su nulidad y suspensión de la convocatoria a lo que se opuso el registrador en su resolución de 24 de septiembre de 2019 frente a la que se interpone el recurso. 2.º Que ante la solicitud del socio para que se procediese a la convocatoria de junta general se inició el procedimiento en el que se dio audiencia a la sociedad finalizando este mediante la resolución de 12 de agosto de 2019 por la que se acordó la procedencia de la convocatoria para el día 5 de septiembre de 2019. Esta resolución puso fin al mandato del registrador por lo que no cabe realizar una nueva convocatoria prescindiendo del procedimiento contradictorio legal establecido con violación del derecho de audiencia y contradicción. 3.º Que de conformidad con la resolución de 12 de agosto de 2019 el registrador autorizó al presidente del consejo de administración para convocar la junta así como para requerir la presencia de notario quien en la fecha señalada, 5 de septiembre del citado año, compareció pero declinó su actuación ante las alegaciones de los administradores suscribientes por falta de competencia territorial decidiendo el presidente del consejo desconvocar la junta; desconvocatoria que es inválida por cuanto el mandato de la resolución del registrador autorizaba a la convocatoria de la junta en sus estrictos términos y porque infringe el artículo 166 de la Ley de Sociedades de Capital por cuanto compete al consejo en su conjunto convocar y desconvocar la junta general. Que ante la inexistencia de documento que acredite la manifestación del solicitante de que se celebrase la junta de forma notarial o la previa autorización del consejo ni de que los notarios de la plaza denegasen su ministerio, hay que entender celebrada la junta el día 5 de septiembre, aunque no se adoptase acuerdo alguno (con cita de doctrina y jurisprudencia sobre la competencia para convocar y desconvocar la junta acordada por la autoridad competente). 4.º Que la resolución de 9 de septiembre de 2019 por la

que se convoca nueva junta es nula de pleno derecho por incumplimiento del procedimiento establecido. Porque incumple los artículos 169 de la Ley de Sociedades de Capital y 354 del Reglamento del Registro Mercantil como ha señalado la jurisprudencia de audiencia y del Tribunal Supremo (con cita). Porque viola el artículo 170 de la Ley de Sociedades de Capital pues finalizado el expediente sólo cabe iniciar uno nuevo. Por incumplimiento del artículo 119 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria y 170.2 de la Ley de Sociedades de Capital. 5.º Que la resolución del registrador es incongruente pues por un lado afirma el carácter unitario del procedimiento y por otro afirma la existencia de dos convocatorias, así como se fundamenta en una manifestación de parte que no ha podido ser rebatida por los recurrentes. Que aun aceptando la unidad de procedimiento la convocatoria es nula por incumplimiento del plazo de un mes previsto en la ley de jurisdicción voluntaria y el art. 170 de la Ley de Sociedades de Capital, así como por no designarse secretario en contra de lo establecido en el artículo 119 de aquella. Que es incongruente que el registrador reconozca que han ocurrido hechos de entidad suficiente para que la primera junta sea desconvocada y manifieste a continuación que no existe diferencia sustancial entre un momento y otro para acceder a la nueva convocatoria. Que los hechos acaecidos son tan sustanciales que son el fundamento de la segunda solicitud. Que el registrador no puede aceptar cuestiones de hecho sin ponerlas de manifiesto a las partes. Que el hecho de que se traspase el plazo de un mes para la convocatoria no puede ser aceptado como hace la resolución impugnada.

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. Instado procedimiento de convocatoria de junta general por un socio de sociedad limitada el registrador, tras completar el procedimiento, resuelve su procedencia para determinado día y con asistencia de notario para que levante la oportuna acta. Llegado el día de la celebración y presentes los socios de la sociedad, los hoy recurrentes ponen de manifiesto el hecho de la falta de competencia territorial del notario requerido para ejercer su ministerio. El notario excusa su actuación y el presidente de la junta desconvoca la junta poniendo en conocimiento del Registrador Mercantil dicha circunstancia y solicitando nueva fecha. El Registrador Mercantil accede a la solicitud y

fija nueva fecha de celebración de la junta en idénticos términos que la anterior. Los hoy recurrentes solicitan la nulidad y suspensión de esta nueva señalación a lo que el registrador contesta de forma negativa. Es frente a esta última resolución que los recurrentes interponen recurso por nulidad en los términos que resultan de los hechos.

2. El recurso no puede prosperar. Es doctrina de esta Dirección General expresada en sus Resoluciones de fecha 15 de junio de 2016, 27 de febrero de 2018 y la muy reciente de 26 de noviembre de 2019, en sede de recursos contra resoluciones de los registradores mercantiles sobre convocatoria de junta general de sociedad de capital, que resulta del todo improcedente el recurso contra la resolución de convocatoria de junta general.

Establece el artículo 170.3 de la Ley de Sociedades de Capital lo siguiente: «Contra la resolución por la que se acuerde la convocatoria de la junta general no cabrá recurso alguno.» La dicción del precepto, que es anterior a la reforma operada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria pero cuyo tenor confirma el artículo 119.5 de la propia Ley tiene un doble efecto: en primer lugar, procurar la ejecutividad inmediata del acuerdo a fin de que no se demore la celebración de una junta cuyos requisitos de convocatoria, en los términos de los artículos 168, 169.1 y 171 de la Ley de Sociedades de Capital, resultan acreditados. En segundo lugar, se evita una eventual impugnación para el caso de que, como en el presente supuesto, la resolución sea de fecha posterior a la celebración de la junta y sin perjuicio de que, quien ostente legitimación, acuda a los Tribunales de Justicia si considera que la convocatoria acordada es contraria a derecho (arts. 204 y 206 de la Ley de Sociedades de Capital).

Es cierto, como reconocen dichas resoluciones, 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 del contenido 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.

De acuerdo con las consideraciones anteriores esta Resolución no puede entrar en las cuestiones de validez a que hace referencia el escrito de recurso y que se refieren al plazo, a la designación de secretario de la junta o a otras que deberán ser alegadas, en su caso, en el procedimiento jurisdiccional que corresponda.

3. Establecido lo anterior, y ceñido el objeto de la presente a la alegación de nulidad de la resolución del registrador por falta de trámite de audiencia, es patente que no procede.

Es cierto que el registrador mercantil, antes de dictar su resolución relativa a la celebración de la junta en fecha distinta a la inicialmente señalada, no da traslado a la sociedad de la petición que al respecto se la había realizado, pero no lo es menos que dicha situación no acredita per se una ausencia de cumplimiento del trámite de audiencia de la sociedad ni le ha impedido su ejercicio en la forma legalmente prevista.

Para que así hubiera sido habría sido preciso que la omisión en la notificación impidiera efectivamente a los recurrentes el ejercicio de las posibilidades de actuación que les presta el ordenamiento jurídico.

En el supuesto que constituye el objeto de este expediente los recurrentes han podido alegar en fase de oposición y en fase de recurso los motivos que ha tenido por conveniente, motivos basados en unos datos de hecho incontrovertidos, por lo que no cabe reconocer la existencia de un motivo de nulidad.

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

En definitiva, no puede pretenderse la declaración de nulidad de unas actuaciones de cuya existencia tuvo conocimiento quien podía ser afectado por ellas y en las que ha tenido la oportunidad de llevar a cabo las alegaciones que ha estimado oportunas en defensa de su posición jurídica en el momento en el que el procedimiento así lo tiene previsto. En el supuesto de hecho los recurrentes ejercieron su derecho de oposición dentro del procedimiento de convocatoria de junta general donde llevaron a cabo la oportunidad legalmente prevista de exponer los motivos que tuvieron por conveniente.

Los recurrentes niegan la afirmación de la resolución impugnada de que la ausencia de modificaciones en la situación de hecho sea irrelevante. Por el contrario, consideran que la modificación es sustancial y se fundamenta en

hechos que constan solamente por la afirmación de una de las partes. Esto no es así pues como resulta tanto del escrito de reposición *(sic)*, como del de recurso los recurrentes no solo conocían los hechos, sino que fueron ellos quienes los pusieron de manifiesto provocando así que la junta prevista para el día 5 de septiembre no llegara a constituirse. Los recurrentes afirman reiteradamente que la ausencia del traslado de la solicitud de nueva fecha les produce indefensión y resulta en la nulidad de la resolución recurrida, pero ni ponen de relieve el contenido material de su indefensión ni alegan otro hecho que aquel del que ya tenían conocimiento. No existe, en definitiva, motivación alguna que justifique que una vez ejercitado dentro del procedimiento su derecho de oposición o alegación, en los términos previstos en el artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital, el señalamiento de una nueva fecha para la celebración de la junta general de la sociedad les haya acarreado una indefensión o preterición de su posición jurídica.

En definitiva y como ha reiterado el Tribunal Constitucional, el posible defecto de comunicación o de motivación resulta constitucionalmente irrelevante sino ha impedido la debida tutela del interesado y sin perjuicio del ejercicio de los derechos legalmente reconocidos que correspondan (Sentencia de 13 de noviembre de 2000).

En su virtud, esta Dirección General resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución de 24 de septiembre de 2019 del Registrador Mercantil de el Registrador Mercantil de Navarra núm. 2 don Fernando José Carabaña Aguado.

Lo que, con devolución del 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 diciembre de 2019 (1.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.

Resolución de 12 de diciembre de 2019 (2.ª)

En el expediente 17/2019 sobre convocatoria de Junta General a instancia de una socia de «Edificaciones y Alojamientos, S.L.».

HECHOS

I

Doña P. N. R. presentó un escrito de fecha 22 de abril 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 169.2 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio de la mercantil «Edificaciones y Alojamientos, S.L.», la convocatoria de Junta General de la sociedad por darse los presupuestos establecidos en dicho precepto.

Seguido el expediente por todos sus trámites e interpuesto recurso de alzada contra la resolución estimatoria del Registrador Mercantil de Madrid núm. 8, don Luis María Stampa y Piñeiro de fecha 15 de julio de 2019, recayó resolución desestimatoria del director general de los registros y del notariado de fecha 26 de noviembre de 2019.

II

La solicitante, mediante escrito de fecha 29 de agosto de 2019 interpuso recurso de reposición de impugnación parcial de la resolución estimatoria del Registrador Mercantil de Madrid de fecha 15 de julio de 2019, solicitando su anulación o revocación en cuanto a los puntos que en el escrito se especifican, solicitando igualmente su suspensión.

III

El Registrador Mercantil de Madrid núm. 8, don Luis María Stampa y Piñeiro dictó resolución en fecha 12 de septiembre de 2019 por la que acordó inadmitir el recurso.

IV

Doña P. N. R., por escrito de fecha 18 de octubre de 2019, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Madrid, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución de 12 de septiembre de 2019, en base a los argumentos que en el mismo se exponen.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 4, 13, 34, 88, 121, 122 y 123 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. Una socia de una sociedad de responsabilidad limitada solicita del Registrador Mercantil la convocatoria de junta general al amparo de lo establecido en el artículo 171 de la Ley de Sociedades de Capital.

El Registrador Mercantil accede a la solicitud y mediante la oportuna resolución estima la procedencia de convocatoria de junta general.

La solicitante interpone recurso de alzada impugnando parcialmente la anterior. Esta Dirección General de los Registros y del Notariado desestima el recurso mediante su resolución de 26 de noviembre de 2019.

Mediante otro escrito la solicitante impugna la resolución del Registrador Mercantil interponiendo recurso de reposición en los términos que se ha hecho constar en los hechos.

2. Procede la confirmación de la inadmisión del recurso de reposición sin entrar en el fondo de la cuestión, que ya fue analizado en la resolución de esta Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 26 de noviembre de 2019.

Como en la misma se puso de manifiesto, resulta del todo improcedente el recurso contra la resolución estimatoria del registrador con independencia de que la solicitud de suspensión resulta de imposible cumplimiento habida cuenta de la fecha establecida para la celebración de la convocatoria y la fecha de la presente.

Establece el artículo 170.3 de la Ley de Sociedades de Capital lo siguiente: «Contra la resolución por la que se acuerde la convocatoria de la junta general no cabrá recurso alguno.» La dicción del precepto, que es anterior a la reforma operada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria pero cuyo tenor confirma el artículo 119.5 de la propia Ley tiene un doble efecto: en primer lugar, procurar la ejecutividad inmediata del acuerdo a fin de que no se demore la celebración de una junta cuyos requisitos de convocatoria, en los términos de los artículos 168, 169.1 y 171 de la Ley de Sociedades de Capital, resultan acreditados. En segundo lugar, se evita una eventual impugnación para el caso de que, como en el presente supuesto, la resolución sea de fecha posterior a la celebración de la junta y sin perjuicio de que, quien ostente legitimación, acuda a los Tribunales de Justicia si considera que la convocatoria

acordada es contraria a derecho (arts. 204 y 206 de la Ley de Sociedades de Capital).

Como entonces se reiteró, 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 del contenido 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.

3. A las anteriores consideraciones cabe añadir que de conformidad con el artículo 123.1 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas: «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 definitiva, frente a la resolución del Registrador Mercantil de fecha 15 de julio de 2019 no cabe recurso alguno que impida la convocatoria de la junta acordada. Sin perjuicio de lo anterior, y como resulta de las consideraciones anteriores, esta Dirección General ha admitido el recurso de alzada por causa de pedir distinta del propio contenido estimatorio de la resolución del registrador por lo que no cabe afirmar que pone fin a la vía administrativa.

Así ha ocurrido en el supuesto de hecho en el que la solicitante ha tenido la oportunidad de hacer valer sus pretensiones en el recurso legalmente previsto dando lugar a una resolución administrativa de esta Dirección que ha puesto fin a la vía administrativa en fecha 26 de noviembre de 2019. La previsión del artículo 123 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas es que no se produzca la situación que da lugar a la presente: que el interesado en el procedimiento interponga simultáneamente dos recursos: uno ante la autoridad que lo dictó, y otro ante su superior jerárquico.

En su virtud, esta Dirección General resuelve inadmitir el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Madrid núm. 8, don Luis María Stampa y Piñeiro de fecha 12 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, 12 de diciembre de 2019 (2.ª).–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.