

2. NOMBRAMIENTO DE AUDITORES DE CUENTAS Y EXPERTOS INDEPENDIENTES

Resolución de 14 de enero de 2015

En el expediente 127/2011 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Parking Polis, S.A.».

HECHOS

I

Como consecuencia de la solicitud de un socio de la sociedad «Parking Polis, S.A.», llevada a cabo para que se nombrara auditor de cuentas a fin de verificar las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2010, el registrador mercantil de Madrid núm. 10 acordó, en fecha 16 de abril de 2011, la procedencia del nombramiento.

Impugnada la anterior resolución, la Directora general de los Registros y del Notariado la confirmó mediante su Resolución de 19 de diciembre de 2011. El subsecretario del Ministerio de Justicia por su parte desestimó por resolución de fecha 26 de octubre de 2012, la reclamación previa al ejercicio de la acción civil.

II

El auditor nombrado por el registrador mercantil de Madrid presenta el día 27 de mayo de 2014 un escrito fechado el día anterior por el que manifiesta que durante la fase preparatoria de la auditoría de cuentas han surgido discrepancias insalvables entre las partes por lo que han decidido poner fin a su relación, afirmando su conformidad en que el Registro Mercantil lleve a cabo la designación de un nuevo auditor para la verificación de las cuentas de 2010.

El registrador mercantil de Madrid núm. X, don Jesús González y Salinas contestó mediante escrito de fecha 26 de junio de 2014 en el sentido de que dicha pretensión no es aceptable pues aceptado el cargo de auditor está obligado a llevarlo a cabo de acuerdo a la normativa sobre Auditoría de Cuentas y del Reglamento del Registro Mercantil sin que proceda un sucesivo nombramiento transcurridos más de dos años desde la designación de aquél.

III

Notificada la anterior a la sociedad, la administradora única presenta escrito en el Registro Mercantil de Madrid de fecha 21 de julio de 2014 en el que solicita que, a la luz del escrito del auditor, se proceda al nombramiento de uno nuevo a fin de verificar las cuentas sociales correspondientes al ejercicio 2010.

El registrador mercantil de Madrid núm. X, don Jesús González y Salinas dictó resolución en fecha 11 de agosto de 2014 en la que rechaza la pretensión por cuanto la renuncia del auditor no está prevista legalmente y porque el nombramiento llevado a cabo el día 31 de enero de 2012 se hizo en virtud de resolución de esta Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 19 de diciembre de 2011, confirmada por el subsecretario del Ministerio de Justicia. Añade que consta en el expediente escrito del auditor renunciante de fecha 27 de febrero de 2012 en el que manifestó la imposibilidad de llevar a cabo los trabajos de auditoría por cuanto la sociedad no le facilitó las cuentas sociales con lo que el expediente quedó cerrado en virtud de la previsión del artículo 361 del Reglamento del Registro Mercantil. El registrador afirma que no procede un nombramiento sucesivo de auditores cuando existe conflicto entre las partes y sin perjuicio del derecho que asiste a las partes del ejercicio de las iniciativas o acciones que les correspondan (recusación o impugnación de honorarios).

IV

Doña, en calidad de administradora única de la sociedad «Parking Polis, S.A.», por escrito de fecha 6 de octubre de 2014, que tuvo entrada el día 8 de octubre de 2014 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 solución propuesta por el registrador mercantil es inviable pues ni el auditor estaba en causa de recusación ni el registrador había señalado honorarios conforme al artículo 362 del Reglamento del Registro Mercantil. 2.º Que el registrador señala que el expediente está cerrado y al mismo tiempo que se está retrasando la satisfacción del derecho del minoritario lo cual es contradictorio. 3.º Que es cierto que la renuncia del auditor no está prevista pero tampoco lo está el fallecimiento y evidentemente es una situación que se produce y que debe desembocar en un nuevo nombramiento, solución que es la aplicable a la renuncia. 4.º Que la situación planteada provoca perjuicios a la sociedad y la sitúa en indefensión.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. Procede la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución del registrador mercantil de que no procede el nombramiento de un nuevo auditor.

Esta Dirección ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones (*vide* resoluciones de 2 de julio de 1993, 2 de julio de 2003, 13 de abril de 2005 y 30 de junio de 2009), sobre el alcance del procedimiento de nombramiento de auditores previsto en la Ley cuya instrucción y resolución se confía a los registradores mercantiles.

De acuerdo con dicha doctrina la previsión de la Ley (art. 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital), es proporcionar a los socios minoritarios un procedimiento sencillo y ágil con que hacer efectiva su pretensión de obtener la verificación de las cuentas anuales. El procedimiento, que viene regulado en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, agota su finalidad con la resolución del registrador mercantil por la que acepta o rechaza la pretensión de que se nombre auditor. De aquí que cualquiera que sea el resultado posterior al nombramiento y las muy diversas vicisitudes que puedan producirse en las relaciones entre sociedad y auditor, el procedimiento no llega más allá y la actuación del registrador queda al margen de las actuaciones que se hayan llevado a cabo. De aquí que el artículo 361 (con una dicción que no es ciertamente la más afortunada), afirme que tanto si se ha realizado la auditoría como si no ha sido así por causa ajena a la voluntad del auditor, el expediente queda cerrado.

Como afirman las resoluciones citadas, el procedimiento ante el registrador mercantil finaliza, en cualquier caso, decidiendo si procede designar o no un auditor por el Registrador Mercantil. La solicitud del socio minoritario, de estimarse, finaliza con el nombramiento de un auditor sin que el registrador pueda ir más allá e incidir en el ámbito del cumplimiento de las obligaciones que, en relación a las cuentas anuales, incumbe tanto a los administradores como al auditor (*cf.* arts. 253 y 270 de la Ley de Sociedades de Capital en relación al art. 3 de la Ley de Auditoría) y a las consecuencias, en su caso, del incumplimiento, entre las que desde luego destacarían con luz propia la imposibilidad de acceso de las cuentas a depósito (arts. 279 de la Ley de Sociedades de Capital y 378 del Reglamento del Registro Mercantil) y la consiguiente posibilidad de sanción, previa incoación del correspondiente expediente sancionador (arts. 221 de la Ley de Sociedades Anónimas y 370 y 371 del Reglamento del Registro Mercantil).

2. A la luz de las anteriores consideraciones, ninguno de los argumentos de contrario pueden ser aceptados.

En primer lugar, porque aunque es cierto que el artículo 362 del Reglamento del Registro Mercantil hace referencia a que el registrador fijará la remuneración del auditor o al menos los criterios para fijarla lo cierto es que dicha previsión carece de respaldo legal (art. 355 de la Ley de Sociedades de Capital), así como de consecuencias dentro del procedimiento registral al que resulta ajeno. Como afirmara la resolución de 21 de febrero de 2011 no ha previsto el legislador ningún procedimiento que permita a las sociedades afectadas por el nombramiento registral de auditor de cuentas impugnar ante el Registrador Mercantil o ante este Centro Directivo los honorarios solicitados

por este. Si la sociedad, considera que dichos honorarios se desvían de las tarifas establecidas por el Colegio Profesional correspondiente deberá impugnarlos ante esa misma Corporación o ante la instancia judicial que corresponda. Téngase en cuenta que como recoge el artículo 8 del Real Decreto 1517/2011, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas, se trata de una materia propia del Derecho de obligaciones y que debe formar parte del contrato celebrado entre las partes. En consecuencia la falta de determinación de la remuneración del auditor carece de la trascendencia en este expediente que pretende la sociedad recurrente como carece de relevancia un hecho negativo como es la inexistencia de recusación o de motivo para recusar.

En segundo lugar, y como ha quedado expuesto por extenso, no puede pretenderse que el expediente por el que se accedió al nombramiento de auditor para la verificación de las cuentas del ejercicio 2010 siga abierto indefinidamente a resultas de las vicisitudes que vayan surgiendo entre las partes y el auditor. En su día se resolvió la procedencia del nombramiento de auditor y dicha resolución ganó firmeza en vía administrativa por lo que no procede que en el ámbito de un procedimiento cuya única finalidad es decidir si procede o no ese nombramiento se entren a conocer cuestiones ajenas y posteriores a dicha circunstancia.

En tercer lugar y por la misma causa no procede entrar en el conocimiento de las consecuencias jurídicas que haya de tener la renuncia del auditor. Este Centro Directivo sin embargo entiende que debe de hacer un pronunciamiento sobre la cuestión porque el escrito de recurso parte de una afirmación errónea como es que dicha circunstancia no está prevista en el ordenamiento. Lo cierto es que si lo está y en un sentido bien distinto al que resulta del escrito. Afirma el artículo 3.2 del Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas que: «La falta de emisión del informe de auditoría o la renuncia a continuar con el contrato de auditoría, tan solo podrá producirse por la existencia de justa causa y en aquellos supuestos en los que concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) Existencia de amenazas que pudieran comprometer de forma grave la independencia u objetividad del auditor de cuentas o de la sociedad de auditoría, de acuerdo con lo dispuesto en la Sección I del Capítulo III. b) Imposibilidad absoluta de realizar el trabajo encomendado al auditor de cuentas o sociedad de auditoría por circunstancias no imputables a éstos» La simple lectura de dicho artículo (y del art. 7 del reglamento que lo desarrolla), pone de manifiesto que la renuncia a la realización del trabajo de auditoría si que está debidamente regulada en nuestro ordenamiento, exclusivamente para los supuestos contemplados en la Ley y con las consecuencias en ella prevista que no incluyen la designación de un nuevo auditor cuando aquella fuere obligatoria.

Finalmente si la sociedad está sufriendo un perjuicio por la situación generada por la falta de emisión de informe de auditoría es cuestión ajena por completo al objeto de este expediente y que podrá dar lugar, en su caso, al

ejercicio de las acciones que legalmente correspondan sin que la sociedad pueda alegar por este solo motivo hallarse en situación de indefensión. Como resulta por extenso de los hechos y del expediente, la sociedad ha podido alegar en todo momento lo que ha tenido por conveniente y ha hecho uso legítimo del sistema de recursos previsto en el ordenamiento recibiendo cabal y motivada contestación de las distintas autoridades ante quien ha ejercido su derecho. Consecuentemente su posición jurídica ha sido respetada en todo momento y la alegación de indefensión no puede ser estimada en este procedimiento.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid núm. X don Jesús González y Salinas de fecha 11 de agosto de 2014.

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

Madrid, 14 de enero de 2015.—Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.—Sr. Registrador Mercantil núm. X de Madrid.

Resolución de 21 de enero de 2015

En el expediente 174/2014 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Aquageo Consulting, S.L.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito de fecha 24 de septiembre de 2014, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil y como socio de la entidad «Aquageo Consulting, S.L.», el nombramiento de un auditor que determine el valor real de las participaciones sociales.

Basa su pretensión en que ha tenido conocimiento de la celebración de dos Juntas Generales de la sociedad para la modificación del contenido de los estatutos sociales en cuanto al régimen de transmisión de participaciones; que no ha tenido conocimiento de la convocatoria de las Juntas ni ha asistido a las mismas procediendo su conocimiento del

contenido de los acuerdos adoptados por medio de su letrada; que la modificación estatutaria adoptada supone causa legal de separación conforme al artículo 346 de la Ley de Sociedades de Capital; que ha notificado su voluntad de ejercer el derecho de separación sin haber recibido respuesta de la sociedad; que solicita del registrador mercantil de conformidad con el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital el nombramiento de auditor para que determine el valor real de sus participaciones.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que el régimen de transmisión de participaciones está regulado en los artículos 106 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital. Que de acuerdo con esta regulación los estatutos sociales de la sociedad disponen en su artículo 10 de un régimen en el que se regula la transmisión de participaciones de modo similar aunque no idéntico a la previsión legal. 2.º Que lo establecido en el artículo 6 de los estatutos se refiere al régimen de compra de participaciones de unos socios a otros cuando existe conflicto para evitar el bloqueo de la sociedad por lo que es un régimen distinto al anterior. 3.º Que establecido que se trata de un supuesto distinto no concurre causa de separación al no existir modificación del régimen de transmisión voluntaria de participaciones. 4.º Que aún si se considera lo contrario el régimen establecido no hay modificación de régimen de transmisión pues no se restringe la salida del socio ni se vulneran sus derechos. 5.º Que el socio ejerce una medida de presión con su iniciativa para forzar la venta de sus participaciones. 6.º Que el socio ha contratado directamente con la competencia directa de la sociedad situándose en causa de exclusión. 7.º Que incumple su obligación de llevar a cabo prestaciones accesorias. 8.º Que la convocatoria de la Junta que adoptó el acuerdo ha sido hecha conforme a Ley. 9.º Que se ha entregado la documentación que se ha solicitado. 10.º Que la escritura de elevación a público está en trámite de ser completamente inscrita. 11.º Que existe mala fe por parte del socio instante.

III

El registrador mercantil de Madrid núm. XIV, don Miguel Seoane de la Parra dictó resolución en fecha 22 de octubre de 2014 por la que acordó inadmitir la solicitud de nombramiento de auditor por considerar que estando limitados los supuestos en los que el registrador mercantil puede designar auditor en el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil a los previstos en la Ley, no procede en el caso concreto al no concurrir causa de ejercicio del derecho de separación por cuanto ni se está modificando ni limitando el régimen de transmisión de las participaciones sociales. Tampoco es relevante que el nombramiento de auditor en la modificación propuesta sea llevado a cabo a iniciativa del órgano de administración de la sociedad dada la independencia e imparcialidad de actuación que implica el estatuto de los auditores.

IV

Don, por escrito de fecha 10 de noviembre de 2014, que tuvo entrada el día siguiente en el Registro Mercantil de Madrid, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: 1.º Que el régimen de transmisión de las participaciones sociales de la sociedad viene recogido en el artículo 10 pero también en el artículo 6 de los estatutos sociales refiriéndose aquí a las transmisiones

voluntarias y este al régimen de transmisión forzosa en caso de conflicto; que ambos supuestos integran el régimen de transmisión como ha venido afirmando la doctrina más autorizada. 2.º Que el artículo 346 de la Ley de Sociedades de Capital no distingue supuestos y reconoce el derecho de separación ante cualquier modificación del régimen de transmisión (con cita de la Resolución de 20 de enero de 2011). 3.º Que la persona que ha de designar al auditor es de gran trascendencia como resulta del conjunto de hechos que expone de donde puede resultar la designación de un auditor determinado que es precisamente la que ya trabaja para el socio mayoritario administrador. 4.º Que sin perjuicio de lo anterior concurre también causa de separación por la modificación acordada de las prestaciones accesorias en la Junta de 18 de junio de 2014 como resulta del acta que se acompaña sin el consentimiento del recurrente (Resolución de 27 de julio de 2001). 5.º Que en relación al resto de alegaciones de la sociedad: que no es cierto que su actuación se trate de una forma de presión, que el socio recurrente ha asumido grandes sacrificios personales trabajando para la sociedad, que la sociedad modifica el contenido de las prestaciones accesorias haciéndolas de imposible cumplimiento, que el socio mayoritario pretende imponer un informe que afirma que la valoración de las participaciones es cero, que la convocatoria de la Junta no ha respetado los requisitos legales, que la documentación que se le ha proporcionado es escasa y solo se ha obtenido por la intervención de letrado.

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

1. La evidente situación de conflicto que se vive en el seno de la sociedad hace preciso, antes de cualquier otra consideración, poner de manifiesto que el objeto de este expediente consiste exclusivamente en dilucidar si por concurrir causa de separación procede o no, ante la falta de acuerdo, el nombramiento de un auditor que lleve a cabo la valoración de las 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 de 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010, entre otras).

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

Centrada así la cuestión procede analizar exclusivamente si el socio instante ha acreditado de modo suficiente la concurrencia de una causa de separación que le legitime para solicitar, a falta de respuesta por la sociedad, el

nombramiento de un auditor que lleve a cabo la valoración de las participaciones sociales.

Del expediente resulta que la Junta General reunida el día 18 de junio de 2014, sin la presencia del recurrente, acordó, entre otros, modificar el contenido del artículo 6 de los estatutos que pasaba, en lo que nos interesa, a tener la siguiente redacción después de hacer mención de las existencia de tres clases de participaciones A, B y C: ...«No obstante lo anterior, en caso de conflicto, ...los titulares de las participaciones clasificadas con la categoría A tendrán el derecho de requerir a cualquiera de los demás partícipes titulares de la categoría B y C en cualquier momento de la vida de la sociedad para que les vendan sus participaciones comunicando, simultáneamente con el requerimiento el precio y la forma de pago que propongan. Los partícipes requeridos dispondrán de un plazo de treinta días naturales para aceptar la venta de las participaciones en las condiciones ofertadas o si, en otro caso, no estuvieran de acuerdo en el precio podrá solicitar al administrador el nombramiento de un auditor del ROAC independiente para que valore el precio...».

El texto anterior, en lo que interesa, hace referencia al hecho de que si los partícipes requeridos no están de acuerdo en el precio «...tendrán derecho a solicitar el nombramiento al Registro Mercantil del domicilio social de un experto independiente que valore el precio...».

También resulta del expediente copia de acta de otra Junta General celebrada igualmente el día 18 de junio de 2014 en el que se adoptaron diversos acuerdos entre los que se encuentra el denominado «Determinación de los parámetros anuales para las prestaciones accesorias», por el que, entre otras cosas, se fijan determinados objetivos a los titulares de participaciones de la clase C.

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

Como ha afirmado este Centro Directivo (*vide* Resolución de 3 de noviembre de 2014), 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 (art. 353).

Igualmente es doctrina reiterada que cuando el ordenamiento regula las causas legales que facultan al socio para ejercer el derecho de separación, no

hace distinción sobre el alcance de dichas modificaciones estatutarias, así como que en este procedimiento el Registrador Mercantil se limita a comprobar si concurre o no causa legal que autorice el nombramiento de auditor solicitado, y que las cuestiones relativas al contenido y alcance de las modificaciones estatutarias realizadas deben dilucidarse por el órgano judicial competente de la jurisdicción civil en caso de impugnación.

3. Así las cosas la cuestión se reduce a determinar si concurre o no causa legal que justifique el derecho de separación que reclama haber ejercitado el socio recurrente.

Dos son los supuestos que cita el recurrente en su escrito de recurso: comenzando por el segundo, hace referencia a los acuerdos adoptados en la reunión de la Junta General y que hacen referencia a la «Determinación de los parámetros anuales para las prestaciones accesorias», acuerdo que se concreta en la fijación de determinados objetivos para los socios de la clase C, a la que pertenece el recurrente. El motivo de recurso no puede ser estimado pues del acuerdo no resulta la concurrencia de causa legal de ejercicio del derecho de separación. Como resulta del artículo 346.1.d de la Ley de Sociedades de Capital concurre causa legal en el supuesto de: «d) Creación, modificación o extinción anticipada de la obligación de realizar prestaciones accesorias, salvo disposición contraria de los estatutos». Del expediente no resulta ninguna de dichas circunstancias ni el recurrente ha acreditado en modo alguno que la determinación de objetivos para el ejercicio constituya una modificación de la obligación de realizar prestaciones accesorias. El acuerdo aportado se limita a concretar su contenido para un periodo pero sin que resulte de forma indubitada la concurrencia de acuerdo de creación, modificación o extinción de las prestaciones accesorias en términos tales que supongan una modificación estatutaria (art. 89 de la Ley de Sociedades de Capital).

Por el contrario debe acogerse plenamente el primero de los motivos alegados, único que resultaba en su día en la instancia de solicitud, por cuanto resulta indubitado que la sociedad ha llevado a cabo una modificación del régimen estatutario de transmisión de las participaciones sociales. La imposible distinción entre régimen de transmisión voluntaria y régimen de venta forzosa en caso de conflicto no puede eludir el hecho evidente de que el artículo 6 de los estatutos sociales regula un supuesto de transmisión de participaciones sociales y que el acuerdo de la Junta de 18 de junio de 2014 ha procedido a modificarlo en los términos que resultan expuestos. Si la modificación tiene mayor o menor importancia no es cuestión que deba ser tenida en cuenta a la hora de resolver este expediente como tampoco la cuestión de la validez del acuerdo adoptado (que ha de plantearse el registrador mercantil, a los solos efectos de la inscripción, en ejercicio de la obligación de calificación ex art. 18 del Código de Comercio). Lo cierto es que concurre el supuesto del artículo 346.2 de la Ley de Sociedades de Capital por lo que el socio que no ha votado a favor del acuerdo de modificación tiene derecho a separarse de la sociedad en los términos que resultan del ordenamiento.

4. Como afirma la Resolución de 25 de julio de 2014, determinada la concurrencia de causa legal de separación y acreditada la voluntad del socio de ejercer su derecho, el ordenamiento protege debidamente su decisión de que la determinación del valor real sea llevado a cabo por un auditor, auditor que ha de ser además, distinto del que lo sea de la sociedad tal y como reconoce el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital. Dicho precepto salvaguarda debidamente los derechos individuales del socio que se separa reconociendo que su consentimiento es preciso para la determinación del valor razonable, para la designación de la persona que haya de determinarlo y para la fijación del procedimiento a seguir. Si por cualquier motivo el socio que se separa no consiente en el valor, en la persona o en el método de valoración, el ordenamiento le reconoce la facultad de solicitud de auditor distinto del de la sociedad para llevar a cabo esa tarea, garantizando así, no solo respecto del socio sino respecto de la sociedad, la debida igualdad entre las partes.

5. Finalmente y como pusiera de relieve la Resolución de 4 de febrero de 2013 no es trascendente, a los efectos de este expediente, que el acuerdo de modificación haya accedido o no a los libros del Registro Mercantil. 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».

En consecuencia desde ese momento el acuerdo social despliega efectos y los socios pueden actuar en consecuencia. No puede confundirse lo anterior con la oponibilidad del acuerdo frente a terceros, supeditado en nuestro ordenamiento a su debida publicación en los casos legalmente previstos (art. 21 del Código de Comercio).

En su virtud, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Madrid núm. XIV don Miguel Seoane de la Parra de fecha 22 de octubre de 2014.

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

Madrid, 21 de enero de 2015.—Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.—Sr. Registrador Mercantil núm. XIV de Madrid.

Resolución de 22 de enero de enero de 2015

En el expediente 171/2014 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Baltanxa, S.A.».

HECHOS

I

Don, como administrador de la sociedad «Bahía de San Antonio, S.A.», presentó un escrito de fecha 30 de septiembre de 2014, dirigido al Registro Mercantil de Ibiza (Eivissa), en el que tuvo su entrada el día 3 de octubre del mismo año, en el que puso de manifiesto que su representada, como accionista de «Baltanxa, S.A.», había recibido notificación de que otro socio, don, había puesto en conocimiento de la sociedad su intención de vender sus acciones representativas del 55% de la sociedad. La sociedad Bahía de San Antonio comunicó a la sociedad «Baltanxa, S.A.», su intención de ejercer su derecho estatutario de adquirir las acciones si bien manifestando su discrepancia en el precio por lo que solicita nombramiento de auditor habida cuenta de que la sociedad no tiene nombrado auditor al no estar obligada a ello.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil restringe los supuestos en que el registrador mercantil puede proceder al nombramiento de auditor a los previstos en la Ley con cita de las resoluciones de 12 de diciembre de 2011 y de 24 de febrero de 2012. 2.º El solicitante se ampara en el artículo 6 de los estatutos sociales pero el contenido de estos es contrario a la exigencia del artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil sin que sea apreciable la invocación del artículo 127 del Reglamento del Registro Mercantil que no recoge una causa legal en los términos del 363. 3.º El accionista desistió de su intención de vender como consta en la documentación adjunta y se notificó al solicitante, pese a lo que ha presentado instancia. 4.º El hecho de que exista disconformidad en el precio no es suficiente para sostener que existe interés del socio en adquirir. La oferta llevaba un precio cerrado y ni siquiera se expresa si ha habido conversaciones al respecto. Los estatutos deben interpretarse de acuerdo a la legislación societaria por lo que si la oferta se hace por un precio que supera el valor real de la acción es absurdo exigir que se venda por su precio real en contra del interés del socio vendedor.

En la documentación que se acompaña al escrito de oposición consta un escrito de fecha 1 de octubre de 2014 suscrito por don, por el que comunica a la sociedad «Altanxa, S.A.», su voluntad de desistir y apartarse de su oferta de venta de acciones. También consta otro escrito de fecha 7 de octubre de 2014 por el que la sociedad «Baltanxa, S.A.», comunica a su accionista «Bahía de San Antonio, S.A.», la anterior declaración.

III

El registrador mercantil de Ibiza, don Francisco Javier Misas Tomás dictó Resolución en fecha 23 de octubre de 2014 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don, actuando en representación de la sociedad «Baltanxa, S.A.», por escrito de fecha 3 de noviembre de 2014, que tuvo entrada el día 5 de noviembre del mismo año en el Registro Mercantil de Ibiza, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos del escrito de oposición que se dan por reproducidos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. Del expediente resulta una circunstancia que hace innecesario entrar en el análisis de las restantes y que se refiere al hecho de que el socio que notificó a la sociedad su voluntad de vender sus acciones ha notificado con posterioridad al inicio del expediente su voluntad de desistir de la venta.

La concurrencia acreditada de dicha circunstancia hace imposible que el expediente siga su curso. Si la Ley de Sociedades de Capital (*vide* art. 123 en relación al artículo 123 del Reglamento del Registro Mercantil), protege el interés del socio que manifiesta su voluntad de comprar las acciones en venta cuando se ha establecido en estatutos un derecho de adquisición preferente, lo hace bajo la premisa de que el socio que ha manifestado su voluntad de vender mantiene su interés en hacerlo. Sin la concurrencia de ambas voluntades no hay compraventa (art. 1453 en relación con los arts. 1254 y 1258 del Código Civil). A falta de concurso entre ambas partes sobre la causa del contrato no existe consentimiento contractual (art. 1262 del Código Civil), por lo que faltando la concurrencia de oferta y aceptación sobre el precio de venta no existen obligaciones contractuales entre las partes ni persiste un interés protegible que justifique la designación de un auditor en los términos del artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil.

En definitiva, desaparecido el interés del vendedor por su voluntad expresamente declarada el interés del adquirente queda sin apoyo legal y sin objeto este expediente sin perjuicio de las consecuencias de otra índole a que pudiera haber lugar y que escapan de la competencia de esta Administración.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Ibiza, don Francisco Javier Misas Tomás de fecha 23 de octubre de 2014.

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

Madrid, 22 de enero de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador Mercantil de Eivissa.

Resolución de 13 de febrero de 2015

En el expediente 177/2014 sobre recusación de auditor nombrado para la verificación de las cuentas de la mercantil «Policlinic Lleida, S.L.».

HECHOS

I

Don, presentó una escrito de fecha 12 de febrero de 2014, dirigido al registro Mercantil de Lleida, con entrada en dicho Registro Mercantil el día 24 de febrero de 2014, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y como titular de más del 17,39% del capital social de «Policlinic Lleida, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2013.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio mediante escrito de don, de fecha 2 de abril de 2014 con entrada en el Registro Mercantil el mismo día.

III

La Registradora Mercantil de Lleida dictó resolución en fecha 9 de Abril 2014 por la que acordó no admitir la oposición y estimar procedente el nombramiento de auditor de cuentas.

IV

Por escrito de 25 de septiembre de 2014, con entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Lleida, don, actuando como apoderado de «Policlinic Lleida, S.L.», según acredita mediante escritura de poder que acompaña otorgada ante el Notario de Madrid don José Carlos Sánchez González, como sustituto por imposibilidad accidental de su compañero don Francisco-Javier Gardeazábal del Río, el día 28 de noviembre de 2013 número 2463 de protocolo, y ratificada mediante escritura otorgada ante el Notario de Barcelona don Mario Romeo García, el día 17 de diciembre de 2013 número 1.675 de protocolo, solicitó a la Registradora Mercantil la destitución por recusación del auditor nombrado por existir, a su juicio, causa legítima para ello.

V

El día ocho de febrero de 2014 tuvo entrada en el Registro Mercantil de Lleida escrito de alegaciones de fecha 4 de octubre de 2014, presentado por don, actuando como administrador de la sociedad «2 Auditoría i Anàlisi d'Empreses, S.L.P.», en el que manifestaba su oposición a la recusación pretendida.

VI

La Registradora Mercantil mediante escrito de fecha 10 de octubre de 2014 rechaza la pretensión solicitada por cuanto no existe causa legítima de recusación resolviendo mantener la designación de nombramiento de auditor para que verifique las cuentas correspondientes al ejercicio 2013 de la sociedad «Policlinic Lleida, S.L.», efectuada a favor de «2 Auditoría i Anàlisi d'Empreses, S.L.P.».

VII

Don, actuando nuevamente como apoderado de la sociedad «Policlinic Lleida, S.L.», según acredita con copia de escritura de poder otorgada ante el notario de Lleida Carlos L. Herrera Ordóñez, el día 12 de marzo de 2014 número 358 de protocolo, presentó escrito de fecha 12 de noviembre de 2014 con entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Lleida, por el que formula recurso contra la negativa a la recusación presentada. Del escrito resulta, resumidamente, lo siguiente: 1.º Que del artículo 355 del Reglamento del Registro Mercantil resulta que para ser nombrado auditor de cuentas por parte del Registro Mercantil de Lleida, es requisito imprescindible que el domicilio del auditor radique en la circunscripción registral territorial del mismo, o bien tenga oficina o despacho abierto dentro de tal circunscripción. En particular, esta exigencia es condición para figurar en las listas de auditores que elabora el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas y que remite en el mes de enero de cada año al Registro Mercantil Central con los auditores inscritos en el Registro Oficial al 31 de diciembre del año anterior, por cada circunscripción territorial de los Registros Mercantiles existentes. La firma de auditoría nombrada ha utilizado la apariencia de contar con una oficina o despacho abierto en Tárrega (Lleida) para obtener su inclusión en la lista de la circunscripción territorial del Registro Mercantil de Lleida. La sociedad recurrente alega que, en la circunscripción territorial del Registro Mercantil de Lleida, la sociedad de auditoría designada únicamente cuenta con un aparente domicilio y teléfono de un centro de negocios de Tárrega (Lleida), que en ningún caso se trata de una oficina o despa-

cho abierto. 2.º Que el importe de los honorarios profesionales fijados por la firma de auditoría es totalmente desproporcionado, habiéndose fijado un desmesurado número de horas a la vista de la escasa actividad de la sociedad. Se acompañan al escrito de recurso para fundamentar su pretensión los siguientes documentos: 1.º Copia de la notificación acreditativa de que la firma «2 Auditoría y Análisi d'Empreses, S.L.P.», había sido nombrada auditor para la revisión de cuentas del ejercicio 2013 para la sociedad «Policlinic Lleida, S.L.». 2.º Copia de dos tarjetas de visita, una de la indicada firma de auditoría y otra del socio auditor de cuentas de la misma, en las cuales consta fijado el domicilio de cada uno de ellos en Olot, provincia de Girona. 3.º Borrador de contrato relativo a la auditoría a realizar, en el cual consta como domicilio de la repetida sociedad de auditoría el situado en la ciudad de Olot (Girona). 4.º Burofax y justificante del mismo remitido por la firma de auditoría de los que resulta que se envió desde Olot (Girona). 5.º Copia de la primera hoja del escrito de oposición a la recusación, de que se advierte que fue remitido desde Olot (Girona). 6.º Borrador de contrato de auditoría en el que consta el importe de honorarios profesionales fijados. 7.º Informe elaborado por la firma de auditoría «Augado, Antonijuan y Sárraga, S.L.», en el que estima, una vez examinadas las cuentas a auditar, que los honorarios por la confección de la auditoría podrían oscilar entre un mínimo de 4.800 euros a un máximo de 6.300, frente a los 11.220 euros presupuestados por la firma «2 Auditoría y Análisi d'Empreses, S.L.P.».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 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; artículos 11 a 18 y 30 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas; artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y resoluciones de esta Dirección General de 18 de enero de 2012 y 12 de diciembre de 2012.

1. Antes de entrar en el fondo del expediente, es conveniente precisar que si bien es cierto que ésta Dirección General ha dudado en ocasiones de si el procedimiento previsto en el artículo 342 del Reglamento del Registro Mercantil relativo a la recusación de experto independiente es aplicable al procedimiento de nombramiento de auditores por aplicación de la remisión genérica que lleva a cabo el artículo 364 del Reglamento del Registro Mercantil. Lo cierto es que no es así por los siguientes motivos:

La legislación de auditoría establece que los auditores, en el ejercicio de su función, están sujetos al sistema de supervisión pública y control de su actividad, labor que la propia Ley encomienda al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (arts. 27 y 28 de Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas). Entre sus competencias se encuentra no solo el control de calidad de las actividades ejercidas por los auditores sino también las de control de la actividad de auditoría de cuentas y el ejercicio de la potestad disciplinaria. A tal

efecto y en la materia concreta que nos ocupa los auditores están sujetos a un régimen severo de incompatibilidades (*vide* arts. 13 y siguientes de su Ley reguladora), cuyo incumplimiento está tipificado como falta administrativa muy grave o grave (*vide* arts. 33 y 34 de la Ley).

La objetividad, imparcialidad e independencia del auditor de cuentas son principios vertebradores de la actividad auditora y quedan salvaguardados por la Ley de Auditoría de Cuentas así como por su Reglamento de Ejecución y las Normas Técnicas de Auditoría. El artículo 11 de la Ley de Auditoría encomienda a los propios auditores el deber de abstenerse en los supuestos en que puedan incurrir en causa de incompatibilidad atribuyendo al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas la competencia de velar por el adecuado cumplimiento del deber de independencia, así como de valorar en cada trabajo concreto la posible falta de independencia de un auditor de cuentas o sociedad de auditoría.

Si los interesados creen vulnerados dichos principios siempre podrán ejercitar las acciones administrativas de responsabilidad disciplinaria ante el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas o bien las acciones civiles o, incluso, penales pertinentes ante la jurisdicción competente.

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto no es procedente que esta Dirección se pronuncie sobre cuestiones para la que carece de competencia. Así resulta igualmente de la regulación del Reglamento del Registro Mercantil que en materia de incompatibilidades se remite a lo establecido en la Legislación sobre Auditoría de Cuentas (art. 357 del Reglamento del Registro Mercantil), dejando dicha cuestión fuera del sistema de nombramiento por el registrador mercantil (*vide* art. 359 *in fine*).

2. En cuanto a la primera de las alegaciones vertidas por la sociedad recurrente en su escrito de recurso, relativa a la supuesta falta de oficina o despacho abierto en la circunscripción territorial del Registro Mercantil de Lleida por parte de la firma de auditoría «2 Auditoría i Anàlisi d'Empreses, S.L.P.», no puede prosperar. La Registradora Mercantil de Lleida procedió conforme a derecho, por el procedimiento regulado en el artículo 355 del Reglamento del Registro Mercantil. El Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas es el competente ante el que se deben denunciar posibles defectos o irregularidades contenidas en la lista que anualmente remite este organismo, así como para conocer las cuestiones o divergencias que la sociedad quiera plantear sobre la actuación profesional del auditor nombrado conforme a lo establecido en la Ley de auditoría de cuentas, en su Reglamento y en las Normas Técnicas de Auditoría.

3. En cuanto a la segunda causa de recurso esgrimida por la recurrente consistente, a su juicio, en honorarios desproporcionados tampoco puede ser estimada. No corresponde ni a la Registradora Mercantil, ni a este Centro Directivo pronunciarse sobre las cuestiones que la sociedad, cuyas cuentas correspondan verificar, pueda plantear sobre honorarios. A mayor abundamiento, la Registradora Mercantil determinó un criterio para el cálculo de los

honorarios a percibir por el auditor, en los términos que establece el artículo 362 del Reglamento del Registro Mercantil.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora Mercantil de Lleida, doña Carmen Rosich Romeu, de fecha 10 de octubre de 2014.

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

Madrid, 13 de febrero de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.–Sra. Registradora Mercantil de Lleida.

Resolución de 17 de febrero de 2015

En el expediente 178/2014 sobre nombramiento de auditor a instancia de don, socio de «Valoración Funcional Deportiva, S.L.».

HECHOS

I

Don, presentó una escrito dirigido al Registro Mercantil III de Sevilla con entrada en dicho Registro Mercantil el 27 de marzo de 2013, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Valoración funcional deportiva, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2012.

II

Tras una serie de vicisitudes que retrasaron la notificación en forma a la sociedad para que ejerciera su derecho de oposición, la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la sociedad no está obligada al nombramiento de auditores de cuentas y por tanto no tiene obligación de verificarlas. 2.º La situación económica y financiera de la sociedad es deficiente, de tal suerte que el nombramiento de un auditor con cargo a la propia sociedad resultaría gravoso para los, de por sí, escasos recursos de la misma.

III

El Registrador Mercantil III de Sevilla dictó Resolución en fecha 29 de octubre de 2014 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Con fecha 25 de noviembre de 2014 don, administrador solidario de la mencionada sociedad 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, 90 y 91 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil. Y entre otras las Resoluciones de la Dirección General del Registro y del Notariado de fecha de 28 de mayo, 8 de junio y 24 de septiembre de 1993, las de 6 de junio, 22 de diciembre de 2005, 14 de febrero de 2008, 13 de marzo y 29 de octubre de 2009, 22 de octubre y 3 de noviembre de 2010, 21 de julio de 2011 y como más recientes 21 de septiembre de 2012, 17 de enero, 6, 7, 12 febrero, 17 de julio y 7 de octubre de 2013.

1. Respecto a la causa de oposición basada en que se trata de una sociedad no obligada a la verificación de sus cuentas, no puede admitirse pues el propio texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital en el artículo 265.2 y concordantes del Reglamento del Registro Mercantil reconoce al socio que tenga más del 5% del capital social y lo solicite en tiempo y forma que en las citadas normas recogen, el derecho a solicitar el nombramiento de auditor de cuentas al Registrador Mercantil. Es precisamente el ejercicio del derecho por socio minoritario en el plazo establecido el que hace surgir la obligación para la sociedad de someter las cuentas a informe de auditor (art. 265 de la Ley de Sociedades de Capital y Resolución de 14 de febrero de 2013 por todas).

2. Respecto a la segunda causa de oposición, basada en el perjuicio económico que causaría la auditoría, no es admisible como causa de oposición al nombramiento de auditor, sin prejuzgar sobre la certeza o no de dicha afirmación, pues vulneraría los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y el 359 del Reglamento del Registro Mercantil en los que sin excepciones afirma que el citado coste se realice con cargo a la sociedad con independencia de su situación económica. Como ha reiterado este Centro (Resolución de 27 de febrero de 2013 y 31 de enero de 2014 entre las más recientes), el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital no deja margen a la interpretación por lo que con independencia de cuales sean las condiciones económi-

cas de la sociedad y el perjuicio económico alegado, se impone el derecho individual del socio a conocer el estado contable de la sociedad y a su verificación por auditor nombrado por el Registro Mercantil.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil núm. III de Sevilla don Juan Ignacio Madrid Alonso de fecha 29 de octubre de 2014.

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

Madrid, 17 de febrero de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador Mercantil de Sevilla.

Resolución de 23 de febrero de 2015 (1.ª)

En el expediente 2/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Autoservicios Tercar, S.A.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito de fecha 2 de enero de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Autoservicios Tercar, S.A., S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la sociedad había designado auditor voluntario para la verificación de las cuentas del ejercicio 2014 mediante escritura pública de fecha 4 de diciembre de 2014; que dicho acuerdo se inscribió en el Registro Mercantil el día 9 de enero de 2015 por lo que no procede el nombramiento.

III

El registrador mercantil de Madrid núm. II, don Manuel Casero Mejías dictó Resolución en fecha 22 de enero de 2015 por la que acordó admitir la oposición y rechazar el nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don, por escrito de fecha 2 de febrero de 2015, que tuvo entrada el día siguiente en el Registro Mercantil de Madrid, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: 1.º Que la normativa vigente aplicable al supuesto de hecho es la comprendida en los artículos 159 y 160 de la Ley de Sociedades de Capital y artículos 354, 355, 356 y 358 del Reglamento del Registro Mercantil. Que de las publicaciones del BORME del año 2015 que ha llevado a cabo la sociedad para convocar Junta no resulta incluido en el orden del día el nombramiento de auditor. 2.º Que de conformidad con lo anterior la resolución del registrador mercantil es nula de pleno derecho porque el administrador único intenta enervar el derecho que al socio minoritario reconoce el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital y porque el nombramiento no lo lleva a cabo la Junta General de la sociedad sino el administrador único. Que resulta la violación de la normativa mercantil protectora del derecho del minoritario y la normativa así como la relativa a la competencia para deliberar y tomar acuerdos de la Junta General de conformidad con el artículo 160 de la Ley de Sociedades de Capital. Que el nombramiento debió realizarlo la junta general al ser materia de su competencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. El recurso no puede prosperar. Los dos únicos argumentos, reiterados insistentemente, hacen referencia a la voluntad del socio mayoritario de enervar el derecho del socio minoritario a que se nombre auditor y a la nulidad del nombramiento llevado a cabo por el administrador de la sociedad por cuanto dicha competencia es exclusiva de la Junta de socios.

2. De forma reiteradísima (Resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012 y 4 y 25 de julio, 29 de octubre de 2013 y 30 de julio de 2014 entre otras muchas), este Centro Directivo ha mantenido que la finalidad del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital es la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la estructura empresarial, para lo cual dicho artículo reconoce y regula el derecho a la verificación de la contabilidad social por un profesional independiente nombrado por el Registrador Mercantil a instancia de los socios

que reúnan un mínimo de participaciones sociales o acciones equivalentes al 5% del capital social y siempre que presenten su solicitud en los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social.

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

Este criterio ha sido sancionado por la doctrina del Tribunal Supremo que en su sentencia de 9 de marzo de 2007, con cita de la doctrina de este Centro Directivo afirma: «La posibilidad de que, en las sociedades no sometidas a verificación obligatoria, la minoría acuda a la designación de un auditor por el Registro Mercantil trata de asegurar el control de las cuentas por un profesional independiente...pero no protege el hecho de que actúe un concreto y determinado profesional, creando una suerte de vinculación *in tuitu personae* entre la empresa o entidad y el profesional que recibe el encargo de llevar a efecto la revisión». Y más adelante continúa: «La designación se verifica no en razón de condiciones o circunstancias que puedan concurrir en un determinado profesional, sino por un mecanismo aleatorio que tiene por base una consideración de equivalencia o igualdad entre los profesionales inscritos en las listas». Para terminar afirmando que: «Hay que añadir a ello la consolidada opinión emitida reiteradas veces por la Dirección General de Registros y del Notariado...en orden a considerar que el derecho del accionista a solicitar la auditoría prevista en el artículo 205.2 LSA queda enervado por el encargo de una auditoría voluntariamente realizado por los administradores...estimándose indiferente el origen de la designación (Juez, Registrador, Órganos sociales), lo que viene razonándose en el sentido de que dicho auditor ha de conducirse en sus actuaciones bajo estrictos y exclusivos criterios de independencia y de profesionalidad...ya que la finalidad del artículo 205.2 LSA no es que la auditoría se realice a instancia de un determinado socio sino que aquella efectivamente se realice y el socio pueda tener perfecto conocimiento de la contabilidad de la sociedad».

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

3. En el supuesto de hecho que da lugar a la presente, resulta que al tiempo de la presentación de la instancia de solicitud de nombramiento de auditor, la sociedad había nombrado auditor por decisión de su órgano de administración constando inscrito dicho nombramiento. Resulta forzoso entender que el interés que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital pretende proteger está debidamente salvaguardado por cuanto la pretensión de que las cuentas de la sociedad sean sometidas al examen de un auditor con el fin de determinar si expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación, ha sido debidamente cumplimentado (art. 1.3 de la Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas). Procede en consecuencia la desestimación del recurso.

4. Ninguno de los argumentos de contrario puede ser apreciado. En primer lugar el escrito de recurso se refiere reiteradamente a la voluntad del socio mayoritario de privar de sus derechos al minoritario. Al respecto es doctrina muy consolidada de esta Dirección que siendo indiscutible que nuestro ordenamiento jurídico no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo por lo que el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización de buena fe (art. 7 del Código Civil), también lo es que la apreciación de tales circunstancias resulta imposible en un procedimiento como el presente cuyo limitado conocimiento material y competencial lo impide, sin perjuicio del derecho de los interesados a acudir a los Tribunales de Justicia en defensa de su posición jurídica (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010 y 11 de marzo de 2014, entre otras).

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. La misma suerte le corresponde a la afirmación de que el nombramiento del auditor llevado a cabo por el órgano de administración carece de validez. Como ha reiterado este Centro Directivo el órgano de administración está perfectamente legitimado para designar auditor con el fin de que verifique las cuentas anuales en aquellos supuestos en que la sociedad no esté obligada a la verificación contable (por todas, resolución de 16 de abril de 2012). De los artículos 263, 264 y 265 de la Ley de Sociedades de Capital, resulta ineludiblemente que la competencia de la Junta General para proceder al nombramiento de auditor de cuentas, así como los términos para realizar

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

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

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid núm. II, don Manuel Casero Mejías de fecha 22 de enero de 2015.

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

Madrid, 23 de febrero de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr, Registrador Mercantil núm. II de Madrid.

Resolución de 23 de febrero de 2015 (2.ª)

En el expediente 3/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Sanpe Auditores, S.L.P.».

HECHOS

I

Don presentó un escrito de fecha 5 de enero de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 9 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 «Sanpe Auditores, S.L.P.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que el día 26 de diciembre de 2014 la sociedad reunida en Junta General universal ha decidido por unanimidad aprobar acuerdos de disolución y liquidación, aprobación del balance final de liquidación, informe del liquidador nombrado y proyecto de división entre los socios del activo resultante. 2.º Que dichos acuerdos han sido elevados a público mediante escritura autorizada el día 9 de enero de 2015 por el notario don Luciano Marín Carrera que ha sido firmada por los dos socios de la sociedad, uno de los cuales es el socio solicitante.

III

El registrador mercantil de Madrid núm. VIII, don Mariano Álvarez Pérez dictó Resolución en fecha 26 de enero de 2015 por la que acordó suspender dejar en suspenso el procedimiento de nombramiento de auditor en tanto no se despache la escritura pública a que hace referencia el párrafo anterior, presentada en el Registro Mercantil y que ha sido calificada negativamente, de modo que se reanudará el procedimiento si la escritura no llega a inscribirse.

IV

Don, por escrito de fecha 3 de febrero de 2015, que tuvo entrada el día siguiente en el Registro Mercantil de Madrid, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, alegando lo siguiente: 1.º Que el administrador de la sociedad afirma que la Junta no se puso convocar hasta el día 26 de diciembre de 2014 sin justificarlo de modo alguno; que dicha junta no ha sido convocada ni celebrada por lo que no puede haber acta; que lo que se ha elevado a público es el certificado de un acta que no está firmada. 2.º Que el recurrente firmó el balance de liquidación pero a los solos efectos de formular los estados financieros de la sociedad y no de aprobación porque se le ha ocultado todo tipo de información. Que ha solicitado la auditoría una vez cerrado el ejercicio social porque antes no podía y que no ha recibido su cuota de liquidación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. Se plantea en este expediente si procede el nombramiento de un auditor solicitado a instancia de la minoría habida cuenta de que consta en el Registro Mercantil escritura pública de disolución y liquidación de la sociedad pendiente de despacho. El registrador mercantil suspende su decisión sobre el nombramiento en tanto no resulte despachado el documento de disolución y liquidación. El solicitante impugna.

2. Es evidente que el recurso no puede prosperar. De forma reiteradísima (Resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012 y 4 y 25 de julio, 29 de octubre de 2013 y 30 de julio de 2014 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.

También es doctrina reiterada (por todas, resolución de 5 de agosto de 2014), que de la regulación legal sobre las sociedades en estado de liquidación (arts. 371 y 375 de la Ley de Sociedades de Capital), se deriva, sin asomo de duda, que los órganos sociales se rigen por las reglas anteriores a la disolución de la sociedad a salvo las especialidades contempladas para dicho periodo. Es por tanto regla general en sede de sociedad en liquidación y por cuanto se refiere a sus órganos de decisión, gestión y representación la aplicación de las normas aplicables al período anterior a la disolución y apertura de la liquidación sin perjuicio de la aplicación preferente de las normas especiales que la propia Ley contiene para dicho período.

Ahora bien, como resulta de la dicción literal del artículo 265.2 en que basa su pretensión el recurrente, el interés protegido por la norma es el del socio minoritario, circunstancia que no concurre en el caso presente por cuanto disuelta y liquidada una sociedad, extinguida su personalidad jurídica y repartido el haber social en su caso, ya no hay socios en la medida en la que no hay sociedad (art. 395 de la Ley de Sociedades de Capital). No quiere esto decir que su posición jurídica no sea objeto de protección; como resulta de la regulación legal existen numerosos mecanismos de protección durante la fase de liquidación a los que puede recurrir el socio mientras dicha situación se prolongue (*vide* arts. 383, 388, 389 y 390 de la Ley de Sociedades de Capital); también existen mecanismos de protección durante la fase posterior (art. 398 del mismo texto legal). Lo que no es posible es que una vez extinguida la sociedad, quien ha ostentado la condición de socio pretenda la utilización de un mecanismo de protección en garantía de un interés protegible diseñado para su ejercicio durante su vida efectiva y que no existe al extinguirse aquella.

3. Procede en consecuencia confirmar la prudente decisión del registrador mercantil que ante la indeterminación provocada por la presentación de la escritura de disolución y liquidación, decide suspender el procedimiento de designación de auditor en tanto se resuelva aquella. Las afirmaciones que contiene el escrito de recurso relativas a que el ahora recurrente firmó el balance final sin conocer sus consecuencias o sobre el hecho de que realmente no existió Junta General no pueden ser resueltas en el ámbito de un expediente

como el presente cuyo conocimiento viene estrictamente limitado a la previsión del artículo 265.2 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 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).

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid núm. VIII, don Mariano Álvarez Pérez de fecha 26 de enero de 2015.

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

Madrid, 23 de febrero de 2015.—Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.—Sr. registrador Mercantil núm. VIII de Madrid.

Resolución de 27 de febrero de 2015 (1.ª)

En el expediente 1/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Triocar Comercial del Automóvil, S.L.».

HECHOS

I

Don, como representante de la sociedad «4MGAPLUS, S.L.», presentó un escrito de fecha 1 de enero de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el 31 de diciembre de 2014, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular su representada de más del 5% del capital social de «Triocar Comercial del Automóvil, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La registradora mercantil de Madrid núm. I, doña Isabel Adoración Antoniano González dictó Resolución en fecha 5 de enero de 2015 por la que acordó inadmitir la solicitud por haberse presentado antes del plazo legalmente establecido.

III

Don, como administrador único de la sociedad «4MGAPLUS, S.L.», por escrito de fecha 15 de enero de 2015, presentado ante la Administración del Principado de Asturias el día siguiente y que tuvo entrada el 16 de febrero de 2015 en el Registro Mercantil de Madrid, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, alegando que la fecha de la solicitud es 2 de enero de 2015 (sic) pero que por error material se presentó en el Registro Mercantil el día 31 de diciembre de 2014. Que la solicitud de fecha 2 de enero (sic) cumple con el requisito temporal ya que el cierre del ejercicio tiene lugar el día 31 de diciembre de cada año y por tanto no hay incumplimiento alguno. Que el artículo 71 de la Ley 30/1992 establece la posibilidad de subsanar los errores que se pongan de manifiesto en el procedimiento lo que no ha llevado a cabo el registrador mercantil.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. Resulta de los hechos, y el recurrente no lo discute, que el ejercicio social de la sociedad a que se refiere su solicitud comienza el día 1 de enero y finaliza el día 31 de diciembre de cada año. También resulta, y el recurrente no lo discute, que la instancia de solicitud de nombramiento de auditor por socio minoritario fue presentada en el Registro Mercantil el día 31 de diciembre de 2014.

El inciso final del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital permite al socio minoritario presentar su solicitud siempre que «...no hubieran transcurrido tres meses a contar desde la fecha de cierre de dicho ejercicio». Resulta por tanto fuera de discusión que presupuesto del ejercicio del socio minoritario es que se haya producido el cierre del ejercicio social, momento a partir del cual surge el derecho a presentar solicitud en el plazo establecido (en el mismo sentido el art. 359.1.1.^a del Reglamento del Registro Mercantil).

No procede sino confirmar la resolución de la registradora que ante el hecho patente de que la solicitud se ha presentado antes de plazo procede a su rechazo.

2. Los argumentos de contrario resultan inadmisibles. En primer lugar porque la imposible distinción que pretende el recurrente entre la fecha de la solicitud y la fecha de la presentación en el Registro Mercantil no hacen sino poner de relieve que la instancia fue postdatada. Presentada en el Registro Mercantil y adquiriendo así fehaciencia su fecha (art. 1227 del Código Civil), resulta evidente que la instancia fue llevada a cabo antes de la fecha que en la misma consta y, frente a terceros, y a falta de otro medio que acredite lo contrario, el día 31 de diciembre de 2014, fecha que determina su inaceptabilidad al no estar cerrado el ejercicio social.

Tal circunstancia no permite tener por viciado el procedimiento de una mera falta subsanable susceptible de sanación en los términos del artículo 71 de la Ley 30/1992, precepto que se refiere a defectos en los datos que contiene la instancia pero que no puede extenderse a la pertinencia temporal. El recurrente pretende aplicar una norma dirigida a permitir subsanar defectos de una solicitud a un supuesto completamente distinto como es el de presentación antes de iniciarse el plazo legalmente establecido. De seguirse la tesis del recurrente la instancia podría presentarse en cualquier tiempo anterior al cierre del ejercicio social en patente contradicción con la exigencia del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Madrid núm. I, doña Isabel Adoración Antoniano González de fecha 5 de enero de 2015.

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

Madrid, 27 de febrero de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sra. registradora Mercantil núm. I de Madrid.

Resolución de 27 de febrero de 2015 (2.ª)

En el expediente 8/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Inversiones Hermoal, S.A.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito de fecha 12 de enero de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 15 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 «Inversiones Hermoal, S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014. La solicitud también contiene numerosas afirmaciones relativas a la marcha de la sociedad.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que aunque es cierto que don, es socio de la sociedad y reúne capital suficiente para solicitar nombramiento de auditor, la solicitud no la realiza dicha persona al no coincidir la firma de la solicitud con la que tiene la sociedad tratándose de un supuesto de suplantación de firma. 2.º Que lo anterior se corrobora por el estilo del escrito que habla en tercera persona. 3.º Que de lo anterior resulta la inexistencia de una causa seria para la realización de la auditoría añadido al hecho de que el escrito de solicitud contiene una serie de falsedades. 4.º Que al representante del socio se le ha entregado en todo momento la documentación solicitada.

III

El día 28 de enero de 2015 tiene entrada en el Registro Mercantil de Madrid escrito suscrito por don, actuando en nombre de don como acredita con copia de poder a efectos de subsanar determinados defectos señalados por el registrador mercantil.

El registrador mercantil de Madrid núm. VII, don Mariano Álvarez Pérez dictó Resolución en fecha 2 de febrero de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Doña, como representante de la sociedad, por escrito de fecha 16 de febrero de 2015, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Madrid, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos. A los anteriores añade que: Que el registrador deniega la práctica de las comprobaciones necesarias para verificar la autenticidad de la firma lo que perjudica el derecho de defensa de la sociedad y el principio de contradicción; que la posibilidad de acudir a la jurisdicción competente es muy gravosa para la sociedad cuando el propio Registro puede llevar a cabo los trabajos de cotejo pertinentes; Que la forma de redactar el escrito de solicitud denota que se está haciendo en nombre de tercero y por tanto por persona sin legitimación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. El recurso no puede prosperar. La evidente situación de conflicto que se trasluce de los hechos, entre el socio instante y la sociedad, no puede tener respuesta en un procedimiento como el presente cuyo limitado objeto se limita a determinar si concurren los requisitos exigidos por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital para la designación de auditor.

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

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

Si la sociedad entiende que la solicitud ha sido llevada a cabo con suplantación de personalidad o por persona distinta de aquella que firma la instancia correspondiente tiene abierta la vía jurisdiccional en defensa de su posición jurídica. El objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital prevé para que se acuerde la pertinencia de nombramiento de auditor a instancia de la minoría. La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la Constitución Española en relación a los arts. 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

Ni el registrador Mercantil ni esta Dirección General enalzada ejercitan función jurisdiccional alguna de las reservadas a jueces y Tribunales por lo que en ningún caso sería posible un pronunciamiento sobre la autenticidad de la firma de la instancia. Habrá de ser, en su caso, el juez competente en el procedimiento legalmente establecido y con la aportación de las pruebas que estime pertinentes, el que habrá de pronunciarse al respecto de su valoración.

2. La misma suerte denegatoria merecen el resto de argumentos de la parte recurrente. En primer lugar por lo que se refiere a la falta de expresión de una causa seria a juicio de la sociedad.

La inexpressión de causa de la solicitud o la expresión de una causa inadecuada 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 inexpressión de la causa de la petición o su expresión inadecuada es intrascendente en este procedimiento de nombramiento registral de auditor a instancia de los socios minoritarios de entidades mercantiles (en este sentido pueden verse las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 12 y 23 de julio, 7 de octubre de 2010 y 11 y 31 de marzo de 2014 entre otras).

3. Por último, no es aceptable pretender enervar el derecho del socio minoritario apelando a un presunto conocimiento previo de las cuentas sociales (*vide* resoluciones de este Centro de 7 de mayo de 2012 y 5 de febrero y 28 de mayo de 2013 y 17 de junio de 2014). En ningún caso la apelación a dicha circunstancia puede enervar la pretensión de nombramiento, dado que los derechos de información y auditoría, aunque complementarios y relacionados entre sí, resultan distintos por su finalidad y requisitos e independientes en cuanto a las condiciones para su ejercicio. Los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, independientemente de si ejercieron previamente su derecho a solicitar información financiera o contable o si, por cualquier otra circunstancia como la de ejercer en su día el cargo de administrador, tuvieron acceso a la contabilidad social (*vide* arts. 196 y 197 en relación con los arts. 253 y 272 de la Ley de Sociedades de Capital). Téngase en cuenta que el objeto de este expediente no es determinar si el socio minoritario puede acceder o no a la información contable sino si tiene derecho a que se designe un auditor a fin de obtener una opinión técnica, independiente e imparcial sobre si las cuentas «expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación» (art. 1 del Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas).

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid núm. VII, don Mariano Álvarez Pérez de fecha 2 de febrero de 2015.

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

Madrid, 27 de febrero de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador Mercantil núm. VII de Madrid.

Resolución de 2 de marzo de 2015

En el expediente 4/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Thinking Forward Spain, S.L.».

HECHOS

I

Don, en representación de la sociedad «La Consulta Zingular, S.L.», presentó un escrito de fecha 14 de enero de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular su representada de más del 5% del capital social de «Thinking Forward Spain, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º- Como se acredita con el balance de la sociedad y con la cuenta de pérdidas y ganancias, la sociedad está en pérdidas por lo que someterla a un gasto extraordinario resultará en un perjuicio considerable. 2.º- Que el administrador social nunca ha tenido inconveniente en presentar las cuentas a los socios y están a su disposición a través del gestor que lleva los libros.

III

El registrador mercantil de Madrid núm. XVI, don José María Rodríguez Barrocal dictó Resolución en fecha 27 de enero de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don, como administrador de la sociedad, por escrito de fecha 6 de febrero de 2015, que tuvo entrada en estas dependencias el día 10 de febrero y el día 19 del mismo mes y año en el Registro Mercantil de Madrid, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. El recurso no puede prosperar porque ninguno de los argumentos de contrario puede enervar la resolución del registrador mercantil.

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

2. No es aceptable tampoco pretender enervar el derecho del socio minoritario apelando a la disponibilidad a presentar las cuentas sociales al socio que reclame su conocimiento (*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 arts. 253 y 272 de la Ley de Sociedades de Capital). Téngase en cuenta que el objeto de este expediente no es determinar si el socio minoritario puede acceder o no a la información contable sino si tiene derecho a que se designe un auditor a fin de obtener una opinión técnica, independiente e imparcial sobre si las cuentas «expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación» (art. 1 del Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas).

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid núm. XVI, don José María Rodríguez Barrocal de fecha 27 de enero de 2015.

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

Madrid, 2 de marzo de 2015.—Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.—Sr. Registrador Mercantil núm. XVI de Madrid.

Resolución de 11 de marzo de 2015 (1.^a)

En el expediente 7/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «No Limits Commerce, S.L.».

HECHOS

I

Don, en representación de la sociedad «La Consulta Zingular, S.L.», presentó un escrito de fecha 14 de enero de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de

Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular su representada de más del 5% del capital social de «No Limits Commerce, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º La sociedad está inactiva desde junio de 2014 y en situación económica precaria por la falta de ingresos por lo que someterla a un gasto extraordinario resultará en un perjuicio considerable. 2.º Que el administrador social nunca ha tenido inconveniente en presentar las cuentas a los socios y están a su disposición a través del gestor que lleva los libros.

III

El registrador mercantil de Madrid núm. XIX, don José Manuel Medrano Cuesta dictó Resolución en fecha 27 de enero de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don, como administrador de la sociedad, por escrito de fecha 16 de febrero de 2015, que tuvo entrada en estas dependencias el día 18 de febrero y el día 26 del mismo mes y año en el Registro Mercantil de Madrid, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. El recurso no puede prosperar porque ninguno de los argumentos de contrario puede enervar la resolución del registrador mercantil.

En cuanto al primero porque los costes de la verificación contable, de acuerdo con el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital, integrados esencialmente por el importe de los honorarios profesionales (art. 267 del mismo texto legal), corren a cargo de la sociedad. Como ha reiterado este Centro (Resolución de 27 de febrero de 2013 y 31 de enero, 30 de julio, 4 y 5 de agosto de 2014 entre las más recientes), el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital no deja margen a la interpretación por lo que con indepen-

dencia 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. No es aceptable tampoco pretender enervar el derecho del socio minoritario apelando a la disponibilidad a presentar las cuentas sociales al socio que reclame su conocimiento (*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 arts. 253 y 272 de la Ley de Sociedades de Capital). Téngase en cuenta que el objeto de este expediente no es determinar si el socio minoritario puede acceder o no a la información contable sino si tiene derecho a que se designe un auditor a fin de obtener una opinión técnica, independiente e imparcial sobre si las cuentas «expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación» (art. 1 del Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas).

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid núm. XIX, don José Manuel Medrano Cuesta de fecha 27 de enero de 2015.

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

Madrid, 11 de marzo de 2015.—Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.—Sr. Registrador Mercantil núm. XIX de Madrid.

Resolución de 11 de marzo de 2015 (2.ª)

En el expediente 179/2014 sobre nombramiento de auditor a instancia de José Ignacio Márquez Fernández, socio de «Sureci, S.L.».

HECHOS

I

Don presentó un escrito de fecha 25 de enero de 2014, dirigida al Registro Mercantil de Sevilla, con entrada en dicho Registro Mercantil el 28 de marzo de 2014, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Sureci, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2013.

II

La sociedad por medio de sus administradores mancomunados don y don mediante escrito de fecha 11 de abril de 2014 se opuso a la pretensión del socio alegando la falta de legitimación del actor para realizar dicha solicitud puesto que, según los administradores, había procedido a la venta de las participaciones a sus familiares.

III

El Registrador Mercantil III de Sevilla dictó Resolución en fecha 29 de octubre de 2014 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Con fecha 1 de diciembre de 2014, don y don, administradores mancomunados de la citada sociedad, presentaron un escrito en el Registro Mercantil de Sevilla, en el que tuvo entrada el 5 de diciembre de 2014, mediante el cual interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 90 y 91 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil. Vistas entre otras las Resoluciones de la Dirección General del

Registro y del Notariado de fecha 26 de junio de 2002, 13 de mayo de 2003, 23 de junio de 2004, 24 de mayo de 2005, 14 de febrero de 2006, 17 de septiembre de 2008, 27 de abril de 2009, 27 de abril, 21 de julio de 2010, 25 de junio de 2013 y como más recientes 30 julio y 12 septiembre de 2014.

El asunto principal objeto del recurso es si el actor está o no legitimado para solicitar el nombramiento de auditor de cuentas para que verifique las cuentas del ejercicio 2012 de la sociedad.

El solicitante don ha aportado un principio de prueba de su legitimación, del que se deduce que reúne un número de participaciones sociales equivalentes a más del 5 por 100 de capital de la sociedad afectada, que es lo requerido por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital para solicitar y obtener el nombramiento registral de auditor. Esta Dirección ha reiterado en numerosas ocasiones que el procedimiento de designación de auditor a instancia de la minoría se caracteriza por su falta de rigorismo formal (*vide* por todas, resolución de 21 de julio de 2010), por lo que ha mantenido que basta que el solicitante aporte un principio de prueba por escrito para entenderla acreditada, pues se estima que el Reglamento del Registro Mercantil –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–.

Es a la sociedad a la que corresponde desvirtuar dicho principio de prueba, aportando, a su vez, prueba suficiente como para deducir que el solicitante no ostentaba, en el momento de la solicitud, la legitimación que alegó. Con ello se pretende no introducir un desequilibrio en el principio de igualdad jurídica de las partes intervinientes en el procedimiento.

La sociedad no ha aportado prueba documental alguna demostrativa de que el solicitante no es titular del capital social que declara. Unido lo anterior al acta de notificación y requerimiento autorizada por la Notario doña María de los Ángeles García Ortiz, de fecha catorce de abril de dos mil catorce, en la que se hace referencia a la titularidad real de las participaciones indicándose que el solicitante tiene al menos el control del 25 por ciento de las acciones en las que se divide el capital social, no queda sino afirmar que la sociedad no ha enervado el derecho del socio minoritario a solicitar el nombramiento de auditor de cuentas que verifique las cuentas de la misma.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil III de Sevilla, don Juan Ignacio Madrid Alonso de 29 de octubre de 2014.

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

a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 11 de marzo de 2015.—Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállico.—Sr. Registrador Mercantil de Sevilla.

Resolución de 11 de marzo de 2015 (3.ª)

En el expediente 180/2014 sobre nombramiento de auditor a instancia de un partícipe de «Hiroso Consulting, S.L.», para la valoración de participaciones a consecuencia del ejercicio del derecho de separación.

HECHOS

I

Don, presentó un escrito que tuvo entrada en el Registro Mercantil de Madrid el día 13 de noviembre de 2014, en el que solicitó, al amparo del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital el nombramiento de un auditor de cuentas para determinar el valor razonable del 33% de las participaciones de que es titular, como consecuencia de haber ejercitado el derecho de separación ante la sociedad «Hiroso Consulting, S.L.», habiéndose ésta negado.

II

Notificada la sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que no se dan ninguno de los requisitos previstos en los artículos 346 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

III

El Registrador Mercantil de Madrid XI, don Francisco Javier Llorente Vara, dictó Resolución en fecha 1 de diciembre de 2014 por la que acordó desestimar la solicitud formulada por don, resolviendo no ser procedente el nombramiento de auditor para determinar el valor razonable de las participaciones sociales de la mercantil «Hiroso Consulting, S.L.».

IV

Con fecha 11 de diciembre de 2014, don, firmó un escrito de recurso que presentó en el Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo entrada el mismo día, mediante el cual interpuso recurso de ante esta Dirección General contra dicha resolución en base a los

siguientes argumentos: 1.º Con motivo de la transmisión de sus participaciones a un tercero, la sociedad interpuso demanda para que se anulase la venta por estar prohibido por los estatutos sociales (art. 8), que fue estimada y declarada nula la citada transmisión. Como consecuencia de ello el recurrente ejercitó el derecho de separación, que le fue denegado por la sociedad. Con dicha respuesta se negaba tanto el derecho de separación, como el derecho a enajenar sus participaciones sociales. 2.º El artículo 363.1 del Reglamento del Registro Mercantil permite la designación de auditor «en los casos establecidos en la ley», y por lo tanto no se refiere únicamente a los supuestos de separación recogidos en el artículo 346 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Existen otros preceptos que también confieren al socio el derecho de separación, como ocurre en el caso de que se prohíba la enajenación a terceros de las participaciones sociales, siendo obligatorio que se conceda el derecho de separación.

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, artículos 346 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

1. Como cuestión previa a la resolución del presente expediente es preciso aclarar que el objeto del mismo se circunscribe exclusivamente a pronunciarse sobre si es procedente el nombramiento de auditor para la valoración de las participaciones sociales en el caso en que concurra alguna de las causas de separación del socio a que se refieren los artículos 346 y 347 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Por lo limitado de este procedimiento, no corresponde a este Centro Directivo pronunciarse sobre materias que por su naturaleza corresponde resolver a la Administración de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y conforme las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas. Como consecuencia de ello no puede prosperar la primera de las causas de recurso alegadas por el recurrente consistente en que la transmisión que realizó en su día de sus participaciones sociales a un tercero, contraviniendo las normas estatutarias sobre transmisión de las mismas, fue declarada nula por los tribunales y que la sociedad con posterioridad rechazó que ejercitara su derecho de separación. Es evidente en el presente caso que la razón esgrimida por el recurrente, como fundamento de su pretensión, no es ninguno de los casos enumerados en los mencionados artículos 346 y 347 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, por lo tanto no cabe al respecto sino un pronunciamiento desestimatorio.

2. Por lo que respecta al segundo de los argumentos aducidos por el socio relativo a que el artículo 363.1 del Reglamento del Registro Mercantil cuando permite al Registrador Mercantil la designación de auditor «en los casos establecidos por la ley» no solo se refiere a los supuestos comprendidos en el mencionado artículo 346 de la Ley de Sociedades de Capital sino que es apli-

cable a otros casos en que la ley concede derecho de separación al socio, como es el caso en que se prohíba la enajenación a terceros de las participaciones sociales, no puede prosperar. El artículo 353 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, que permite, tanto a la sociedad como al socio titular de las participaciones sociales que hayan de ser valoradas, solicitar al Registrador Mercantil que designe auditor de cuentas para valorar las participaciones sociales a falta de acuerdo, se refiere exclusivamente a los casos de separación y exclusión del socio por concurrir causa legal o estatutaria, sin que el recurrente haya conseguido establecer cual es la causa legal o estatutaria en que fundamente su derecho.

En su virtud, esta Dirección General ha resuelto desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Madrid XI don Francisco Javier Llorente Vera de fecha 1 de diciembre de 2014.

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

Madrid, 11 de marzo de 2015.—Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.—Sr. Registrador Mercantil núm. XI de Madrid.

Resolución de 16 de marzo de 2015 (1.ª)

En el expediente 9/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Madrigal-Valdepiélagos, S.L.».

HECHOS

I

Don presentó un escrito de fecha 23 de enero de 2015, dirigido al Registro Mercantil de León, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Madrigal-Valdepiélagos, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

Junto a esta solicitud el escrito hace una serie de afirmaciones relativas a la situación personal del instante y de la otra socia de la sociedad y a determinados procedimientos civiles y criminales que han existido o que existen pendientes entre ellos aportando documentación en apoyo de su solicitud. También afirma que si bien ha ostentado el cargo de administrador solidario de la sociedad ya no lo es por haberlo así decidido la Junta en sesión de 21 de junio de 2014 a la que no asistió el instante.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que el solicitante es socio al 50% de la sociedad y administrador solidario por lo que conoce la situación de la sociedad así como que las cuentas no están elaboradas. 2.º Que no estando elaboradas las cuentas de 2014 no pueden auditarse y no existe obligación de depositarlas hasta el 30 de junio de 2015.

III

El registrador mercantil de León, don Óscar Roa Nonide dictó Resolución en fecha 6 de febrero de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

De su resolución resulta que consta presentada en el Registro Mercantil de León, escritura de fecha 12 de noviembre de 2014 autorizada por el notario de León don Jesús Andrés Prieto Pelaz por la que se elevan a público los acuerdos de la Junta General de la sociedad de fecha 21 de junio de 2014 relativos a la aprobación de cuentas, cese de administradores solidarios y nombramiento de una administradora única.

IV

Doña, como administradora de la sociedad, por escrito de fecha 19 de febrero de 2015, que tuvo entrada el día siguiente en el Registro Mercantil de León, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos y añadiendo que el peticionario es administrador solidario de la sociedad correspondiendo a ambos la obligación de elaborar las cuentas no de solicitar un auditor. Que si las cuentas no han sido elaboradas no pueden ser revisadas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

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

Consecuentemente, no 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. La evidente situación de conflicto entre las partes debe tener su cauce de solución por las vías previstas en el ordenamiento y entre ellas, por la que resulte de este expediente, que sin inmiscuirse en cuestiones sobre las que esta Dirección General carece de competencias, debe limitarse a lo que constituye estrictamente su objeto.

2. Así las cosas es evidente que el recurso no puede prosperar. De la documentación presentada en el Registro Mercantil resulta que el socio instante no ostenta la condición de administrador desde la Junta celebrada el día 21 de junio de 2014. La recurrente niega este hecho basándose en el hecho de que del Registro Mercantil resulta la vigencia del cargo de administrador.

Es cierto que los asientos del Registro Mercantil se presumen exactos y válidos (art. 20 del Código de Comercio), pero no lo es menos que esta presunción decae mediante la oportuna prueba en contrario que es precisamente lo que ocurre en el supuesto de hecho del expediente. Al respecto, es reiterada doctrina de este Centro Directivo que el nombramiento de los administradores surte sus efectos desde el momento de la aceptación, ya que la inscripción del mismo en el Registro Mercantil aparece configurada como obligatoria pero no tiene carácter constitutivo y que, por tanto, el incumplimiento de la obligación de inscribir no determina por sí solo la invalidez o ineficacia de lo realizado por el administrador antes de producirse la inscripción. (*cf.* arts. 22.2 del Código de Comercio, 4 y 94.1.4.º del Reglamento del Registro Mercantil y 214.3, 233 y 234 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, y Resoluciones de 17 de diciembre de 1997, 23 de febrero de 2001, 13 de noviembre de 2007 y 28 de enero de 2014).

Esta doctrina es plenamente aplicable al supuesto de hecho por cuanto el cese del administrador surte plenos efectos frente a la sociedad desde que la Junta así lo acuerda sin perjuicio de que sea precisa su inscripción en el Registro Mercantil para su plena eficacia frente a terceros (como ha reiterado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por todas sentencias de 18 de octubre de 2010). Acreditado en el expediente los hechos a que reiterada-

mente se ha hecho referencia no procede sino la desestimación del motivo de recurso.

3. Como ha reiterado este Centro Directivo (*vide* resoluciones de 10 de marzo, 28 de abril y 22 de septiembre de 2010 y 24 de octubre de 2014 entre otras), el derecho individual que al socio reconoce el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital no queda desvirtuado por el hecho de que las cuentas no hayan sido aprobadas en su día o por el hecho de que ni siquiera hayan sido formuladas. En modo alguno dicho precepto somete o condiciona el ejercicio del derecho a la designación de auditor a la formulación o aprobación de cuentas sino que solo exige reunir el 5% del capital social de la sociedad y presentar la instancia en los tres meses siguientes al cierre del ejercicio económico a auditar. Las vicisitudes posteriores al nombramiento y la depuración de las responsabilidades que pudieran derivarse de la situación de hecho quedan por completo al margen del expediente.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de León, don Óscar Roa Nonide de fecha 6 de febrero de 2015.

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

Madrid, 16 de marzo de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador Mercantil de León.

Resolución de 16 de marzo de 2015 (2.^a)

En el expediente 13/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Paredes y Compañía, S.L.».

HECHOS

I

Doña, presentó un escrito de fecha 2 de enero de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Guipúzcoa, en el que tuvo su entrada el día 8 del mismo mes y año, en el que

solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Paredes y Compañía, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la sociedad no está obligada a verificar sus cuentas. 2.º Que el órgano de administración ha convocado a la Junta en fecha 26 de diciembre para nombrar auditor para el ejercicio 2014 que ha sido notificada a los socios (si bien se adjunta acuse de recibo de otra persona que, al parecer es hijo de la anterior). Que de lo anterior resulta que cuando se solicita del registrador mercantil la designación ya se había adoptado el acuerdo de designación voluntaria.

III

La instante, notificada debidamente, presenta un escrito de alegaciones de fecha 27 de enero y entrada en el Registro Mercantil el día siguiente reiterando su solicitud.

IV

El registrador mercantil de Guipúzcoa, don Joaquín Torrente García de la Mata dictó Resolución en fecha 3 de febrero de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

V

Doña y don, como administradores mancomunados, por escrito de fecha 26 de febrero de 2015, que tuvo entrada el 2 de marzo siguiente en el Registro Mercantil de Guipúzcoa, interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: 1.º Que la resolución del registrador mercantil basa su decisión en una doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado que es de imposible cumplimiento por lo que no puede dar amparo a quien ha actuado de mala fe. Que la Junta fue convocada el día 26 de diciembre y tras un primer intento frustrado fue notificada a la solicitante el día 7 de enero quien al día siguiente hizo la solicitud. Que en la fecha en que se hace la solicitud era imposible que se hubiese llevado a cabo el informe de auditoría ni podía haberse inscrito al tener la sociedad cerrado el Registro precisamente por falta de depósito de cuentas. 2.º Que la resolución del registrador viene a penalizar a los socios mayoritarios enervando su derecho a nombrar auditor voluntariamente. Es un hecho que la sociedad nombró auditor voluntario en su reunión del día 10 de febrero mientras que el registrador no lo ha hecho como resulta del acta notarial de la Junta y resultaría antieconómico nombrar dos auditores para un mismo ejercicio.

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

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

2. Así las cosas, la solicitante ha hecho uso de su derecho en los términos previstos en el ordenamiento y concretamente en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. El hecho de que al tiempo de la solicitud pudiera estar convocada una Junta General para tratar del nombramiento de un auditor voluntario no puede enervar la legitimación alegada. Como ha reiterado esta Dirección General (por todas, resolución de 28 de julio de 2014), la existencia de una convocatoria de Junta General en que se haya incluido en el orden del día el nombramiento voluntario de auditor, no constituye un obstáculo para que pueda prosperar la solicitud del socio.

De conformidad con la reiterada doctrina de este Centro sobre la colisión entre la solicitud de nombramiento de auditor por el socio minoritario y el nombramiento llevado a cabo con carácter voluntario por la sociedad, que ambas partes de este expediente citan y conocen, habría sido preciso que se acreditase documentalmente el nombramiento voluntario de auditor y la aceptación de éste, así como que se hubiese garantizado que la sociedad había

tomado medidas para que la verificación de la contabilidad anual pudiese llevarse a cabo en los términos previstos por el ordenamiento (Resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012 y 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, entre otras muchas).

Es la sociedad cuya verificación contable se solicita la que puede incorporar tanto en el escrito de oposición, como en el recurso de alzada, los documentos que justifiquen no solo la designación de auditor y la aceptación de éste, sino también que se ha garantizado el derecho del socio al informe de auditoría. Por lo tanto, la carga de la prueba relativa a la concurrencia de los requisitos para que el nombramiento voluntario enerve la solicitud del socio recae sobre la sociedad recurrente quien no lo ha hecho en el expediente que nos ocupa.

3. Los argumentos de contrario no pueden ser estimados. El nombramiento voluntario de auditor por la sociedad no obligada puede hacerse en cualquier tiempo por lo que compete al órgano de administración la adopción de las medidas necesarias para que dicho nombramiento despliegue sus efectos y, en el caso de la inscripción en el Registro Mercantil, para que desaparezcan los obstáculos que lo impiden pues la formulación de las cuentas y su correspondiente depósito son obligaciones propias de dicho órgano. Es cierto que al tiempo de la solicitud el informe de auditoría no podía estar realizado, dada la fecha de cierre del ejercicio social y el plazo para formular las cuentas anuales, pero de ahí no se deriva la imposibilidad alegada para enervar la solicitud del socio minoritario, pues como queda explicado la sociedad podía haber llevado a cabo el nombramiento en cualquier tiempo (por el propio órgano de administración, *vide* resolución de 26 de septiembre de 2014), adoptando las medidas necesarias para llevar a cabo la inscripción en el Registro Mercantil. Lo que no puede pretender el órgano recurrente es que esta Dirección ampare la pretendida imposibilidad a que hace referencia en su escrito cuando dicha imposibilidad deriva precisamente del incumplimiento de las obligaciones legales que le competen relativas al depósito de cuentas (art. 279 y 280 de la Ley de Sociedades de Capital). Y si existen otras circunstancias que han impedido que la sociedad pueda garantizar la verificación de las cuentas anuales con mayor razón debe prevalecer el interés del socio minoritario de acuerdo con las previsiones de la Ley de Sociedades de Capital.

Por este mismo motivo no es aceptable la apelación a la indefensión de los socios mayoritarios que tienen abierta la vía prevista en el ordenamiento si consideran que la actuación del órgano de administración ha perjudicado su posición jurídica. Y si concurre en su persona la condición de socios mayoritarios y administradores de la sociedad es igualmente evidente la improcedencia de la apreciación de indefensión alguna como resulta de las consideraciones anteriores.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Guipúzcoa, don Joaquín Torrente García de la Mata de fecha 3 de febrero de 2015.

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

Madrid, 16 de marzo de 2015.—Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.—Sr. Registrador Mercantil de Guipúzcoa.

Resolución de 27 de marzo de 2015

En el expediente 16/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de quien afirma ser socia de «Incode, S.A.».

HECHOS

I

Don, como apoderado de doña....., presentó un escrito de fecha 4 de febrero de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Córdoba, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular su representada de más del 5% del capital social de «Incode, S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

A la solicitud se acompaña determinada documentación de la que interesa a los efectos de la presente un testimonio de la póliza intervenida por el notario de Córdoba don Manuel Rodríguez-Poyo Segura el día 10 de mayo de 2013. En dicha póliza comparece por un lado doña..... quien manifiesta ser titular de 58 acciones de la sociedad «Incode, S.A.», según certificado expedido por la administración de la sociedad que consta a continuación de la póliza; de otra parte comparece don, De las cláusulas resulta que doña, vende y transmite las 58 acciones de que es titular a don Miguel que compra. Se pacta que el precio se satisfará mediante la presentación de determinados pagarés a su vencimiento pactando expresamente condición resolutoria en caso de que los pagarés no fueran atendidos. También se hace constar lo siguiente: «El señor reconoce a la señora la posibilidad de ejercitar los derechos políticos vinculados a su condición de socio correspondientes a las acciones objeto de transmisión y mantener sus derechos para poder fiscalizar las certificaciones pendientes de cobro desde la firma del presente documento hasta el total abono de los citados pagarés».

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando la falta de legitimación de la señora al haber vendido sus acciones según resulta de la propia documentación aportada.

III

El registrador mercantil de Córdoba, don Manuel Galán Ortega dictó resolución en fecha 17 de febrero de 2015 por la que acordó admitir la oposición y denegar el nombramiento del auditor solicitado por cuanto de la documentación aportada resulta la venta de las acciones sin que se haya acreditado incumplimiento alguno.

IV

Don, en el concepto en que interviene, por escrito de fecha 4 de marzo de 2015, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Córdoba, interpuso recurso de alzada contra dicha resolución ante esta Dirección General, en base a los siguientes argumentos: 1.º Que del calendario de pagos previsto en la póliza de venta de las acciones el comprador ha incumplido los que especifica y su pago está siendo reclamado en el oportuno procedimiento judicial lo que acredita que en sede judicial se está manteniendo que la venta no es válida y sin embargo en sede registral se mantiene lo contrario. 2.º En la póliza consta la cláusula (transcrita en los hechos) por virtud de la que la vendedora se reservó los derechos políticos inherentes a las acciones y entre ellos está el de solicitar auditoría. La reserva de derechos se funda precisamente en mantener el control político hasta el total pago de las acciones para evitar maniobras que perjudiquen su derecho.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. El recurrente no niega que la persona en cuyo nombre actúa vendió las acciones en las que basa su solicitud al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital; bien al contrario aporta como documento justificativo, junto a su solicitud, la póliza de la que resulta la compraventa. No obstante entiende que el hecho de que se esté reclamando judicialmente por impago de los pagarés en los que se instrumentó el precio justifica su pretensión.

Dicha pretensión no puede ser apreciada. La mera reclamación de una cantidad no legitima a quien ha sido socio a ejercer unos derechos que fueron transferidos junto a la titularidad de las acciones y cuyo ejercicio corresponde

al comprador, hoy accionista (arts. 93 y 106.2 de la Ley de Sociedades de Capital). Es cierto que en el contrato que se aporta al expediente consta pacto de condición resolutoria pero, a falta de consentimiento de ambas partes, hasta que no exista una resolución judicial firme de la que resulte que como consecuencia de la restitución de prestaciones la entonces vendedora ha recuperado el dominio de las acciones vendidas (*vide* art. 1124 del Código Civil), corresponde a quien ostenta jurídicamente la condición de titular y la condición de socio, el ejercicio de los derechos a ellas inherentes.

2. Tampoco puede estimarse su pretensión de que se ampare su solicitud en virtud de un pacto «de control» que consta en el referido documento público de compraventa. Con independencia de cuál haya de ser la valoración jurídica de dicho pacto así como su alcance frente a terceros que no son parte en el contrato (*vide* art. 1257 del Código Civil), lo cierto es que el representante de la sociedad no reconoce legitimación para el ejercicio de los derechos que corresponden al socio. Es continua doctrina de esta Dirección General (por todas, resoluciones en sede de recursos gubernativos de 29 de noviembre de 2012 y 5 de agosto de 2013), que corresponde a los órganos sociales determinar en cada caso a quien corresponde el ejercicio de los derechos de los socios salvo en aquellos supuestos en que resulte patente lo inadecuado de su decisión. No ocurre así en el presente supuesto en el que la oposición del órgano de administración se basa en un documento público, aportado por el propio solicitante, del que resulta que la persona que solicita la designación de auditor carece de la condición de socio. El pacto contenido en el contrato, cuyo exacto alcance y eficacia frente a la sociedad no resulta sencillo de determinar dada su imprecisión, no desvirtúa la afirmación anterior. No resulta posible determinar, en el estrechísimo ámbito de este expediente, si las previsiones de las partes, que solo a ellas vinculan, pueden ser interpretadas en el modo y con el alcance en que lo hace el solicitante o si agotan sus efectos en las relaciones entre las partes vinculadas. En esta situación, no puede reconocerse un efecto frente a un tercero como es la sociedad que quedaría así vinculada por las previsiones de un contrato en el que no ha sido parte sin que dicha circunstancia sea patente.

Las anteriores consideraciones no empecen que el solicitante, si considera que la posición jurídica de su representada ha sido violentada por la decisión del órgano de administración, ejercite las acciones previstas en el ordenamiento en defensa de su derecho.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Córdoba, don Manuel Galán Ortega de fecha 17 de febrero de 2015.

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

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

Madrid, 27 de marzo de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.–Sr. Registrador Mercantil de Córdoba.

Resolución de 17 de abril de 2015 (1.ª)

En el expediente 6/2015 sobre nombramiento de auditor nombrado a instancia de un socio de la mercantil «Restaurante Prime 31, S.L.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito de fecha 2 de enero de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y como titular del 49% del capital social de «Restaurante Prime 31, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014. Se acompaña fotocopia de la escritura de constitución de la mercantil, autorizada por el Notario de Madrid don Ricardo Ferrer Giménez el día 24 de septiembre de 2013, número 1.606 de protocolo.

II

Mediante diligencia de fecha 5 de enero de 2015, el Registrador Mercantil de Madrid X requirió al solicitante para que aportara la documentación que acreditara que ostenta, al menos, el 5% de la participación del capital social, ya que de la documentación aportada y de los archivos del Registro Mercantil no resultaba justificada la participación del 49% que el peticionario manifiesta ostentar.

III

El 14 de enero de 2015 tuvo entrada en el Registro Mercantil de Madrid un escrito del solicitante manifestando que subsana la solicitud indicando que la petición se hace en nombre y representación de «Delfitesa, S.L.», sociedad que ostenta el 49% del capital social de «Restaurante Prime, S.L.», y adjunta copia de la escritura de constitución de la sociedad a auditar.

IV

La sociedad se opuso a la pretensión de la socia alegando: 1.º Que el solicitante no representa, al menos, el 5% del capital social. En particular, como consta en los libros del Registro Mercantil, inscripción 5.ª, por escritura autorizada el 4 de septiembre de 2014 por el Notario de Madrid don Ricardo Ferrer Giménez, protocolo 1471, se elevaron a público los acuerdos sociales consistentes en el aumento de capital de la sociedad por importe de 60.000 euros acordado en la Junta celebrada el día 30 de junio de 2014. Tras su ejecución, el capital social resultante es de 63.000 euros, dividido en 63.000 participaciones sociales de un euro de valor nominal cada una, habiendo sido suscrita y desembolsada íntegramente dicha ampliación por el socio «Gourmet de Elite, S.L.». Por lo tanto «Delfitesa, S.L.», es titular de 1.470 participaciones sociales, las cuales representan el 2,33% del capital social, siendo este porcentaje inferior al 5% exigible para que fuera procedente el nombramiento de auditor a instancia de un socio.

V

El Registrador Mercantil de Madrid X dictó Resolución en fecha 28 de enero de 2015 por la que acordó desestimar la solicitud de nombramiento de auditor de cuentas formulada por la mercantil «Delfitesa, S.L.», para la revisión de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014 de la sociedad «Restaurante Prime 31, S.L.», por no cumplir el requisito de capital exigido en los artículos 265.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital y 359 del Reglamento del Registro Mercantil.

VI

Don, presentó un escrito de fecha 5 de febrero de 2015, en nombre y representación de la compañía mercantil «Delfitesa, S.L.», como administrador único, que tuvo entrada en el Registro Mercantil de Madrid el 6 de febrero de 2015, mediante el cual interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, por las siguientes razones: 1.º Es falso que el compareciente haya dimitido de su cargo de administrador único de la compañía mercantil «Restaurante Prime 31, S.L.», en la Junta Universal supuestamente celebrada el 6 de marzo de 2014, advirtiendo el futuro ejercicio de acciones penales. 2.º Es falso que la sociedad «Delfitesa, S.L.», haya sido emplazada en debida forma para la celebración de la Junta General de fecha 30 de junio de 2014, ni que haya participado en la adopción de los acuerdos que se manifiestan. Igualmente señala que estos hechos darán lugar al ejercicio de la oportuna acción impugnatoria ante los Juzgados de lo Mercantil de Madrid. 3.º Es falso que se haya ofrecido la posibilidad de ampliar el capital social a su representada, la mercantil «Delfitesa, S.L.», conforme a su participación inicial del 49%, señalado a su vez que ello será objeto de la oportuna acción impugnatoria ante los Juzgados de lo Mercantil y de Instrucción de Madrid. 4.º Estando ante un claro supuesto de nulidad radical y de pleno derecho por la supuesta conducta delictiva, constituye una cuestión de prejudicialidad penal, debiendo estimarse la solicitud ante la inexistencia de inscripción de ampliación de capital válida, o en su caso proceder a la suspensión de la petición en tanto se resuelvan las cuestiones penales interpuestas.

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.

Antes de pronunciarse sobre la primera de las causas de recurso es necesario precisar que el presente expediente tiene como objeto exclusivo resolver sobre si la solicitud de nombramiento de auditor, para que verifique las cuentas del ejercicio económico inmediatamente anterior, reúne los requisitos exigidos en el artículo 265.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, esto es, que el solicitante sea titular de participaciones que representen al menos el 5% del capital social y que la solicitud la haya formulado dentro de los tres meses siguientes a la fecha del cierre del ejercicio social.

La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la Constitución Española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y resoluciones de este Centro de 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010, entre otras).

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

1. La primera de las razones invocadas por el recurrente relativa a ser falso que el solicitante haya dimitido de su cargo de administrador de la mercantil «Restaurante Prime 31, S.L.», no puede ser estimada como fundamento hábil para revocar la resolución recurrida. Se trata de una materia cuya competencia no corresponde a este Centro Directivo, sin perjuicio de la posibilidad de que dispone el recurrente de ejercitar las acciones que entienda que le puedan corresponder ante el órgano jurisdiccional oportuno.

2. Por la misma razón no puede ser admitido el segundo de los fundamentos aducidos en el escrito de recurso, consistente en ser falso que la mercantil «Delfitesa, S.L.», haya sido citada en debida forma a la Junta General celebrada el 30 de junio de 2014 o que haya participado en la adopción de acuerdos manifestados.

3. Al igual que sucede con los dos primeros motivos de recurso esgrimidos por el recurrente y en base a los mismos argumentos, es procedente rechazar el tercero de los argumentos alegados referente a ser falso que a la sociedad «Delfitesa, S.L.», se le haya ofrecido la posibilidad de suscribir participaciones en el aumento de capital.

4. Por último, en cuanto a la cuarta causa de recurso referente a la existencia de prejudicialidad penal no puede ser estimada. Si bien es cierto que es doctrina reiterada de este Centro Directivo, que la existencia de un procedimiento judicial pendiente de cuyo resultado dependa la legitimación del instante, sin perjuicio de que la apreciación del motivo de recurso no da lugar a la nulidad del procedimiento como se reclama, sino meramente a la suspensión del nombramiento de auditor hasta que se acredite ante el Registrador Mercantil la resolución judicial firme que haya recaído, no lo es menos, que esta circunstancia debe ser probada, sin que sea bastante para producir efectos suspensivos la mera advertencia en el escrito de recurso del futuro ejercicio de acciones antes el órgano jurisdiccional oportuno. En el presente caso, no se acredita la previa interposición de acción jurisdiccional que tenga por objeto resolver sobre la titularidad de las participaciones que han servido para fundamentar la legitimación del solicitante, por lo que no se justifica la pretendida prejudicialidad, ya sea civil o penal. En este sentido se pronuncian las Resoluciones de la dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de septiembre de 2012, 13 de febrero y 13 de mayo de 2013.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Madrid núm. X don Jesús González Salinas, de fecha 28 de enero de 2015.

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

Madrid, 17 de abril de 2015.—Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.—Sr. Registrador Mercantil núm. X de Madrid.

Resolución de 17 de abril de 2015 (2.^a)

En el expediente 17/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Grupo Platinum Correduría de Seguros, S.A.».

HECHOS

I

Don y doña....., presentaron un escrito de fecha 12 de enero de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitaron, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titulares cada uno de ellos de más del 5% del capital social de «Grupo Platinum Correduría de Seguros, S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que el solicitante don es miembro del Consejo de Administración y por tanto del órgano obligado a la formulación de las cuentas (quien además se ofreció en su día a solicitar auditoría a sus expensas), y que doña....., es la persona que se encargaba de llevar la contabilidad de la sociedad. 2.º Que la sociedad carece de fondos, ha cesado en su actividad y no puede hacer frente al coste. 3.º Que concurren cuestiones personales que provocan una situación de abuso de derecho existiendo numerosas actuaciones judiciales, finalizadas y pendientes, que lo ponen de manifiesto. 4.º Que el ofrecimiento a hacer una auditoría a que se ha hecho referencia a costa del instante ha generado una expectativa en los otros administradores amén de que no puede ir ahora contra sus propios actos. 5.º Que la sociedad está en trámites de disolución por lo que el coste debe prorratearse entre los socios.

III

El registrador mercantil de Madrid núm. XIII, don José María Méndez Castrillón dictó Resolución en fecha 11 de febrero de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don, como consejero delegado de la sociedad, por escrito de fecha 3 de marzo de 2015, que tuvo entrada el día 9 siguiente en el Registro Mercantil de Madrid, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos añadiendo que se solicita expresamente que, para el caso de desistimiento, se ordene que el coste sea asumido por don o que se prorratee entre todos los socios así como que se suspenda la tramitación del expediente de nombramiento de auditor mientras se sustancia el recurso y el plazo para llevar a cabo el depósito de las cuentas anuales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. El recurso no puede prosperar porque ninguno de los argumentos de la sociedad recurrente puede enervar el derecho reconocido a los socios en el art 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital a obtener el nombramiento de un auditor que lleve a cabo la verificación de las cuentas del ejercicio anterior.

2. En primer lugar porque es doctrina consolidada de este Centro Directivo que el hecho de que el socio instante ostente la cualidad de miembro del consejo de administración no perjudica su derecho a solicitar verificación de las cuentas anuales pues la facultad reconocida al socio minoritario en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital no queda desvirtuada por dicha circunstancia. Es cierto que este Centro Directivo ha afirmado (Resolución de 28 de febrero de 2013 por todas), que el derecho individual a solicitar el nombramiento de auditor para la verificación de las cuentas anuales no procede cuando el instante ha gestionado en exclusiva o con carácter solidario la sociedad durante el ejercicio a auditar pues en estos supuestos habría podido contratar, como un acto más de gestión, los servicios de un auditor para dicha finalidad. Sin embargo no concurre dicha circunstancia en el presente expediente pues el instante, don, si bien ha formado parte del consejo de administración, ha carecido por si solo de la facultad de llevar a cabo tal nombramiento al recaer la competencia de administración y representación en la totalidad del consejo y precisar un acuerdo mayoritario al respecto (art. 245.1 de la Ley de Sociedades de Capital y resoluciones de 18 de septiembre y 2 de diciembre de 2014 entre otras muchas).

Por la misma razón no es aceptable la alegación de que la otra instante, doña....., haya sido la persona encargada de llevar las cuentas de la sociedad. 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. De aquí se sigue que no puede confundirse la eventual posición de un socio en relación a la llevanza de las cuentas sociales, con su derecho individual a obtener una opinión objetiva e independiente sobre si dichas cuentas reflejan adecuadamente el estado patrimonial de la sociedad (art. 1.3 del Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1

de julio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas).

3. Tampoco pueden aceptarse las alegaciones relativas a que la sociedad carece de fondos o que el coste de la auditoría debe imputarse al socio solicitante o que debe prorratearse su coste. Sobre esta cuestión este Centro Directivo ha mantenido la doctrina (por todas, resoluciones de 2 y 11 de marzo de 2015), conforme a la cual el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades Capital no deja margen interpretativo alguno cuando dispone que los gastos que la auditoría comporta corren siempre a cargo de la sociedad. Dado que dicho precepto tampoco contempla excepción alguna a esta obligación de la empresa afectada por la solicitud de nombramiento registral de auditor, se ha de concluir que la mala situación económica por la que atraviesa la empresa, incluso en el supuesto de ser real, no puede impedir el ejercicio del derecho de los socios minoritarios a la verificación contable del ejercicio 2014.

Por la misma razón debe rechazarse la alegación de que la actividad de la sociedad ha cesado y se encuentra en trámites de disolución. De existir una situación de hecho de inactividad es lo cierto que se trata de una circunstancia ajena al objeto de este expediente del que resulta que los socios instantes reúnen los requisitos legalmente establecidos para que proceda el nombramiento de auditor. Concurra o no causa de disolución de la sociedad (*vide* art. 363 de la Ley de Sociedades de Capital) y haya o no cumplido el órgano de administración su obligación de convocar a la Junta para que adopte lo que convenga (art. 365), dicha circunstancia no enerva el derecho del socio minoritario a solicitar la designación de auditor.

4. Finalmente tampoco es aceptable la alegación de que determinada actuación del socio instante ha generado expectativas en los demás socios o que todo el expediente está contaminado por una situación de abuso de derecho. Al respecto es doctrina muy consolidada de esta Dirección que siendo indiscutible que nuestro ordenamiento jurídico no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo por lo que el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización de buena fe (art. 7 del Código Civil), también lo es que la apreciación de tales circunstancias resulta imposible en un procedimiento como el presente cuyo limitado conocimiento material y competencial lo impide, sin perjuicio del derecho de los interesados a acudir a los Tribunales de Justicia en defensa de su posición jurídica (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010 y 11 de marzo de 2014, entre otras).

El objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital prevé para que se acuerde la pertinencia de nombramiento de auditor a instancia de la minoría. La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y

de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la Constitución Española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid núm. XIII, don José María Méndez Castrillón de fecha 11 de febrero de 2015.

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

Madrid, 17 de abril de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador Mercantil núm. XIII.

Resolución de 17 de abril de 2015 (3.ª)

En el expediente 19/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Infoglobal, S.A.».

HECHOS

I

Don, actuando como apoderado de la sociedad «Naropa Cartera, S.L.», unipersonal, presentó un escrito de fecha 5 de enero de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular su representada de más del 5% del capital social de «Infoglobal, S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

En la propia instancia hace constar el solicitante, entre otras circunstancias que no son objeto de este expediente, que la sociedad está obligada a la verificación de sus cuentas anuales y del informe de gestión; que la sociedad tenía designado auditor por plazo de tres años para la verificación de las cuentas correspondientes a los ejercicios 2011, 2012 y 2013; que la designación consta inscrita en el Registro Mercantil; y que ha llegado el día 31 de diciembre de 2014 sin que la Junta General de accionistas haya designado auditor.

II

Practicada la notificación a que se refiere el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil mediante correo certificado, consta en el expediente que fue recibida por la sociedad el día 13 de enero de 2015.

III

Habiendo transcurrido el plazo para formular oposición, el registrador mercantil de Madrid núm. XV, don Juan Pablo Ruano Borrella dictó Resolución en fecha 2 de febrero de 2015 por la que acordó la procedencia del nombramiento del auditor solicitado llevándolo a cabo por lo que, una vez aceptado el cargo, procedió a su inscripción en el folio correspondiente de la sociedad en fecha 9 de febrero de 2015.

IV

Don, por escrito de fecha 23 de febrero de 2015, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Madrid, manifiesta la oposición de la sociedad por tener designado auditor para la verificación de las cuentas desde el ejercicio 2011 y haber sido renovado su cargo de forma tácita según acuerdo del Consejo de administración (certificado del cual que se acompaña), por lo que en virtud de la previsión del artículo 52 de la Ley de Auditoría (sic), la renovación es válida. Se hace constar igualmente que el retraso en el depósito de las cuentas del ejercicio 2013 tiene su origen en problemas de reformulación de las cuentas anuales.

De la certificación unida emitida con fecha 26 de diciembre de 2014 y firmada por el secretario del consejo con el visto bueno del presidente, resulta que reunidos la totalidad de los miembros del consejo en fecha 23 de diciembre de 2014 acordó por unanimidad de todos ellos, el orden del día y un único acuerdo relativo a la prórroga del contrato de auditoría por plazo de tres años a la sociedad «Fisa Auditores, S.A.», en virtud de lo establecido en el artículo 52 del Real Decreto 1517/2011.

Consta igualmente escrito de la misma fecha por el que la sociedad comunica a la sociedad de auditoría la prórroga del contrato. Consta al final de la misma, sin fecha, un recibí de persona que actúa por cuenta de la sociedad de auditoría.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 265.1 de la Ley de Sociedades Capital y artículo 19 de la Ley de Auditoría de Cuentas artículos y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil así como las resoluciones citadas en el texto.

1. La sociedad a quien en su día se notificó del hecho de la presentación de solicitud por socio minoritario no presentó tempestivamente su oposición. Transcurrido el plazo previsto en el artículo 354.2 del Reglamento del Regis-

tro Mercantil y una vez que el registrador mercantil, ante la ausencia de oposición, designa auditor e inscribe su nombramiento una vez aceptado, la sociedad presenta un escrito por el que se opone a la designación.

Antes de entrar en el fondo del asunto es preciso determinar cual es el alcance de la situación descrita y si por ser la oposición extemporánea produce su rechazo y el archivo del expediente o si, por el contrario, procede que esta Dirección resuelva la cuestión planteada.

El artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil dispone taxativamente que la oposición al nombramiento solicitado debe formularse en el plazo de cinco días a contar desde la fecha de la notificación, comenzando el cómputo de dicho plazo a partir del día siguiente a la notificación de la resolución de conformidad con las reglas generales.

En el caso presente, consta en el expediente que la notificación a la sociedad se llevó a cabo el día 13 de enero de 2015, mientras que el escrito de oposición tuvo entrada en el Registro Mercantil el día 23 de febrero, es decir, una vez vencido el plazo de cinco días para su interposición.

No obstante lo anterior, es doctrina reiterada de esta Dirección (Resoluciones de 17 de noviembre de 2008 y 25 de julio de 2014, entre otras), que la oposición a la solicitud es una facultad o derecho de la sociedad y no una carga y, por consiguiente, que el Registrador debe resolver el fondo de la cuestión, es decir, decidir si el solicitante reúne o no los requisitos de capital y tiempo exigidos por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital para proceder al nombramiento de auditor, y ello aunque la sociedad no se oponga o se oponga fuera del plazo reglamentariamente establecido.

Lo que ocurre en el caso presente es que el escrito de oposición se presenta en el Registro Mercantil una vez que la designación de auditor ya está hecha, aceptada e inscrita. Esta Dirección considera que ha de prevalecer el derecho de la sociedad a intervenir en el procedimiento mientras que la resolución no haya ganado firmeza por lo que procede hacer un pronunciamiento sobre el fondo del asunto (*vide* arts. 35 y 79 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común).

2. La posición de la sociedad no puede mantenerse. Tratándose de una sociedad obligada a verificación contable (arts. 263 y 264 de la Ley de Sociedades de Capital), el nombramiento de auditor es competencia de la Junta General de socios y, en su defecto, del registrador mercantil (art. 265.1).

Cuando la sociedad obligada al nombramiento lo ha llevado a cabo de acuerdo a las normas descritas, finalizado el periodo para el que el auditor fue nombrado su cargo decae (*vide* art. 19 de la Ley de Auditoría). Si la sociedad que continúa estando obligada a verificación y desea nombrar de nuevo al mismo auditor debe hacerlo expresamente. Así lo afirma el artículo 52.1 del reglamento de auditoría(en relación al artículo 19 de la Ley citado): «Una vez ha finalizado el período por el que fueron contratados los auditores de cuentas y las sociedades de auditoría para realizar la auditoría de cuentas, podrán ser

prorrogados expresamente, incluso de forma sucesiva, por períodos máximos de hasta tres años».

Alega la sociedad que el nombramiento ha sido llevado a cabo de forma tácita en los términos que permite el número 2 de dicho artículo y lo justifica mediante la aportación de un certificado de acuerdo del Consejo de Administración adoptado en su reunión de 23 de diciembre de 2014 del que resulta el acuerdo de prorrogar por tres años el nombramiento del auditor que fue nombrado anteriormente. Se acompaña escrito por el que la sociedad lo comunica a la sociedad de auditoría constando firma de persona que actúa en su nombre, sin fecha.

Dispone el número 2 del artículo 52 del reglamento de auditoría lo siguiente: «2. Para que el contrato de auditoría quede tácitamente prorrogado por un plazo de tres años, el auditor de cuentas o sociedad de auditoría y la entidad auditada no deberán manifestar su voluntad en contrario antes de que finalice el último ejercicio por el que fueron inicialmente contratados o anteriormente prorrogados, sin perjuicio de la información de dicha prórroga en la Junta General de socios. Lo anterior no exime del deber de comunicar tal hecho en el Registro Mercantil correspondiente al domicilio social de la entidad auditada, mediante acuerdo o certificado suscrito por quien tenga competencia legal o estatutaria en la entidad auditada, en un plazo que no podrá ir más allá de la fecha en que se presenten para su depósito las cuentas anuales auditadas correspondientes al último ejercicio del período contratado.

De la regulación reglamentaria resulta con toda claridad que para que exista prórroga tácita es preciso que no conste voluntad en contrario de ninguna de las partes antes de que finalice el último ejercicio; ahora bien para que dicha circunstancia sea oponible es preciso que se haga constar en el Registro Mercantil dentro del plazo establecido. De otro modo el nombramiento o prórroga tácita sería clandestino, incluso para el registrador mercantil que hubiera de proceder al depósito de las cuentas de los ejercicios sucesivos. El propio reglamento establece un plazo para que la sociedad obligada haga constar la prórroga, plazo que no puede exceder de la fecha en que se presenten para su depósito las cuentas del último ejercicio contratado y, lógicamente, auditado.

La norma no prevé cual será el plazo para presentar en el Registro Mercantil la prórroga del nombramiento de auditor cuando no se produzca el depósito de las cuentas anuales del último ejercicio, pero dado que la Ley sí dispone un plazo para llevar a cabo este depósito, plazo que no puede exceder de siete meses desde que se haya cerrado el último ejercicio (arts. 164, 272 y 279 de la Ley de Sociedades de Capital), resulta con claridad que la sociedad dispone de dicho plazo para presentar el documento de prórroga a que se refiere el precepto. Resulta igualmente claro que el plazo no puede subordinarse al hecho de que efectivamente se haya llevado a cabo el depósito de las cuentas pues llevaría a la imposible conclusión de que el plazo dependería de la actuación del obligado.

3. En el supuesto de hecho que da lugar a la presente la sociedad obligada no ha presentado en el Registro Mercantil el documento de prórroga tácita en los términos que resultan de las consideraciones anteriores por lo que no procede sino la desestimación de su pretensión.

Como resulta del 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, o la persona nombrada no acepten 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, de acuerdo con lo dispuesto en el Reglamento del Registro Mercantil. En las sociedades anónimas, la solicitud podrá ser realizada también por el comisario del sindicato de obligacionistas».

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid núm. XV, don Juan Pablo Ruano Borrella de fecha 2 de febrero de 2015.

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

Madrid, 17 de abril de 2015.—Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállico.—Sr. Registrador Mercantil núm. XV de Madrid.

Resolución de 17 de abril de 2015 (4.^a)

En el expediente 23/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Transportes Eurodaya, S.L.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito de fecha 4 de febrero de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Alicante, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Transportes Euro-

daya, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º que el solicitante ha ostentado la condición de empleado de la sociedad hasta que se ha producido su despido con fecha 30 de enero de 2015; que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital puede conllevar un abuso en el ejercicio del derecho por la minoría amén de que el derecho a la revisión de las cuentas nace con la convocatoria de la Junta General. 2.º La solicitud impone un gasto a la sociedad que le supone un perjuicio; el ejercicio del derecho del artículo 265 puede ocultar otras medidas de bloqueo de decisiones de la Junta General por lo que incluso podría de lege ferenda imponer la asunción de los honorarios al socio con el afán de evitar conductas que entorpecen el correcto funcionamiento de la sociedad. 3.º La solicitud incurre en un claro abuso de derecho tanto por su intención como por las circunstancias en que se produce. 4.º Como cuestión subsidiaria se hace constar que no se reconoce la legitimación del solicitante por cuanto sus participaciones no constan en el libro registro de socios de conformidad con lo dispuesto en el artículo 104 de la Ley de Sociedades de Capital.

III

El registrador mercantil de Alicante núm. II, don Antonio Arias Fuentes dictó Resolución en fecha 20 de febrero de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don, como administrador único de la sociedad y por escrito que tuvo entrada el día 13 de marzo de 2015 en el Registro Mercantil de Alicante, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos insistiendo por un lado en que la oposición al nombramiento se incardina en el daño que para el interés social significa la asunción de los honorarios del auditor, así como que la solicitud es claramente abusiva pues coincide con el despido del socio trabajador (se acompaña documentación), y finalmente en que el artículo 104 de la Ley de Sociedades de Capital es una norma imperativa significando que el registrador mercantil debió requerir al solicitante la acreditación de su condición de socio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

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

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

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

2. Partiendo de esta premisa es preciso afirmar que el hecho de que un socio haya ostentado, además, una relación laboral con la sociedad que se ha extinguido por despido no le priva de los derechos que, como socio, le corresponden. Por lo que se refiere a este expediente dicha circunstancia no puede ser tenida en cuenta pues, como resulta del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, no es esta la cuestión a considerar sino si el solicitante es titular del porcentaje legal mínimo del capital que legitima su actuación y si esta se ha llevado a cabo de forma tempestiva.

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

3. Conectado con lo anterior se afirma que el derecho a conocer el estado de las cuentas no se origina hasta que se convoca la Junta General de socios para su aprobación. Dicha afirmación no se pudo sostener. 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 (Resoluciones de este Centro de 7 de mayo de 2012 y 5 de febrero y 28 de mayo de 2013 y 17 de junio de 2014). Los 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 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). Nuevamente, téngase en cuenta que el objeto de este expediente no es determinar si el socio minoritario puede acceder o no a la información contable en un momento determinado sino si tiene derecho a que se designe un auditor a fin de obtener una opinión técnica, independiente e imparcial sobre si las cuentas «expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación» (art. 1 del Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas).

4. También de forma conectada se afirma que la designación de auditor supone un perjuicio a la sociedad que está obligada a sufragar los gastos generados de donde se saca la conclusión que el ejercicio de un derecho como el reconocido en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital puede constituir una medida de presión a la sociedad e incluso se propone de lege ferenda una solución distinta a la legal. La primera apreciación ha sido debidamente contestada y motivado el rechazo a su apreciación. La misma suerte corre la segunda pues con independencia de las intenciones del legislador en el futuro, lo cierto es que hoy por hoy la dicción del artículo tantas veces citado no admite interpretaciones al imponer a la sociedad la satisfacción de los gastos inherentes a la realización de la auditoría (Resoluciones de 27 de febrero de 2013 y 31 de enero, 30 de julio, 4 y 5 de agosto de 2014 entre las más recientes), y sin perjuicio como queda reiterado de que si la sociedad considera que la actuación del socio le ha producido un daño injustificado pueda reclamar contra el por los medios previstos en el ordenamiento.

5. Finalmente debe ser rechazado el motivo de recurso que hace referencia a la legitimación del solicitante así como la afirmación de que corresponde al registrador mercantil exigir la acreditación de tal condición. El motivo se ha alegado en dos momentos distintos y con distinto alcance. En el escrito de oposición la sociedad se ha limitado a afirmar que la condición de socio del solicitante (sin negarla), no está recogida en el Libro Registro de socios. Como ha reiterado esta Dirección tal circunstancia por si sola no puede enervar el derecho del socio minoritario pues tal y como se ha puesto de manifiesto por la Dirección General de los Registros y del Notariado (Resoluciones de fechas 30 y 31 de mayo y 26 de junio de 2007 y 4 y 8 de noviembre de 2013 entre otras muchas), la condición de socio no solo puede ser acreditada mediante una certificación expedida por el órgano de administración social ni mediante la inscripción en el libro registro de acciones, ya que, de ser así, se

dejaría al arbitrio de una de las partes de este procedimiento el ejercicio de un derecho que la ley le atribuye a la otra, el socio minoritario.

Por lo que se refiere al escrito de recurso, la alegación de que corresponde al registrador exigir la acreditación de la condición de socio tampoco es admisible. Dicha cuestión ha sido reiteradamente abordada por este Centro Directivo entendiéndola suficiente, en su caso, 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 reiterado que es necesario que la sociedad aporte, a su vez, prueba que demuestre que el solicitante no reúne tal condición, pretendiendo con ello no introducir un desequilibrio en el principio de igualdad jurídica de las partes intervinientes que evidentemente la Ley no pretende. En el caso que nos ocupa la sociedad no ha aportado prueba alguna demostrativa de que el solicitante carece de la condición de socio. En realidad no la niega pues se limita a afirmar en un primer momento que tal condición no aparece reflejada en el Libro Registro y posteriormente a afirmar que la obligación de contradecir al solicitante corresponde al registrador mercantil y no a quien ejerce la oposición. Corresponde en definitiva a la sociedad que afirma que el solicitante no es socio probar o presentar un principio de prueba que contradiga la pretensión del solicitante.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Alicante núm. II, don Antonio Arias Fuentes de fecha 20 de febrero de 2015.

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

Madrid, 17 de abril de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador Mercantil núm. II de Alicante.

Resolución de 17 de abril de 2015 (5.ª)

En el expediente 41/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Laboratorios de Prótesis E. Mariñas, S.L.».

HECHOS

I

Doña, presentó un escrito en su día dirigido al Registro Mercantil de Pontevedra en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Laboratorios de Prótesis e Mariñas, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales de la sociedad.

II

Tras la instrucción del oportuno expediente se procedió por el registrador mercantil de Pontevedra a la designación de auditor en fecha 3 de mayo de 2012, recayendo en la persona de Jorge Zambrana Ledesma quien aceptó por escrito de la misma fecha.

III

Con posterioridad se presentó ante el Registro Mercantil escrito de recusación del auditor nombrado que dio lugar a la resolución desestimatoria del registrador mercantil de Pontevedra de fecha 22 de mayo de 2012.

Interpuesto recurso de alzada contra dicha resolución recayó resolución desestimatoria de este Centro Directivo de fecha 9 de abril de 2013.

IV

Ahora se presenta en el Registro Mercantil de Pontevedra una escritura pública en la que la entonces solicitante de auditoría doña, vende las participaciones de que es titular en la sociedad estableciéndose que «Con la transmisión efectuada la señora queda totalmente separada de la sociedad y manifiesta que nada tiene que reclamar en lo que se refiere a las cuentas anuales de los ejercicios 2009, 2011, 2012 y 2013 desistiendo, en consecuencia, de las auditorías solicitadas en los ejercicios económicos que se aprueban comprometiéndose a efectuar las gestiones que fueran precisas ante el Registro Mercantil de Pontevedra para llevar a cabo tal desistimiento».

V

Notificada al auditor nombrado, este presenta escrito de oposición de fecha 27 de enero de 2015 en el que manifiesta que no puede aceptarse el desistimiento al ser contrario a la doctrina de la Dirección General con cita de la resolución de 18 de enero de 2012.

VI

El registrador mercantil de Pontevedra, don Vicente Artime Cot dictó Resolución en fecha 4 de febrero de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y aceptar la renuncia de quien en su día instó el procedimiento.

VII

Don Jorge Zambrana Ledesma, auditor designado, por escrito de fecha 12 de febrero de 2015, que tuvo entrada el día 27 siguiente en el Registro Mercantil de Pontevedra, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 6.2 del Código Civil, artículo 22 del Código de Comercio, artículos 17 y 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, artículos 31, 87, 89, 90 y 91 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, 342 y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, sentencias del Tribunal Supremo (Sala Tercera) de 19 de julio de 1993, 11 de noviembre y 16 de diciembre de 2002, 30 de enero de 2008 y 27 de mayo de 2011 y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de julio de 1993, 21 de enero de 1999, 10 de octubre de 2011, 11 de enero de 2012, 2 de diciembre de 2013 y 31 de enero de 2014.

1. Aunque existe en el conjunto del expediente una cierta confusión sobre el alcance de la renuncia de la solicitante en su día de auditoría para los ejercicios de la sociedad 2009, 2011, 2012 y 2013, (pues en algunos documentos se hace referencia a todos estos ejercicios mientras que en otros solo se hace referencia a alguno o algunos de ellos), lo cierto es que la cuestión de fondo sobre la que debe resolver esta Dirección General está perfectamente identificada.

2. En definitiva, la cuestión que se plantea en este expediente consiste en determinar si nombrado un auditor de cuentas a instancia de la minoría, de conformidad con la previsión del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y, presentada posteriormente renuncia al nombramiento efectuado por el socio que instó el nombramiento y acordado por el Registrador Mercantil el cierre del expediente, puede el auditor cuyo nombramiento entiende revocado, oponerse al cierre del expediente y a la revocación de su nombramiento.

Es doctrina de este Centro Directivo (*vide* vistos), que una vez finalizado el expediente de nombramiento de auditor que se ha llevado a cabo de confor-

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

3. Siendo cierto lo anterior no debe confundirse tal desistimiento con el supuesto que se produce cuando, reconocido el derecho en que se basa la pretensión del interesado mediante el oportuno nombramiento, este renuncia al derecho que ha sido objeto de reconocimiento. Al igual que el artículo 87 de la Ley 30/1992 distingue entre el desistimiento del procedimiento y la renuncia al derecho en que se funda la solicitud, como medios de finalización de un procedimiento abierto, debe tenerse en cuenta la situación que se produce cuando el procedimiento ha finalizado y el interesado renuncia.

Efectivamente, finalizado el procedimiento con el reconocimiento de la pretensión del interesado (en este caso, reconocimiento del derecho a que se nombre auditor para un ejercicio concreto *ex* art. 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital), es evidente que no cabe propiamente desistimiento puesto que la pretensión ha sido debidamente reconocida (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2002). Pero nada obsta a que el interesado, de conformidad con las reglas generales del ordenamiento, renuncie al derecho reconocido.

Si de conformidad con el supuesto previsto en el artículo 87 de la Ley 30/1992, la renuncia al derecho implica la imposibilidad tanto de continuar el procedimiento como de volver a instarlo (*vide* Resolución de 4 de diciembre de 2013), la renuncia una vez reconocido formalmente el derecho previsto legalmente implica tanto su extinción como la posibilidad de iniciar un nuevo procedimiento basado en el mismo derecho (*vide* la Resolución de 2 de diciembre de 2013, cuyo supuesto de hecho es sustancialmente idéntico al que provoca la presente).

Siendo incontestable la posibilidad de renunciar al derecho reconocido al socio minoritario es igualmente evidente el interés en que dicha circunstancia se haga constar en el Registro Mercantil a fin de que no se imposibilite el oportuno depósito, en su día, de las cuentas de la sociedad no obligada a verificación contable (art. 279.1 de la Ley de Sociedades de Capital). Por otro lado, y como resulta de la regulación reglamentaria (art. 361 del Reglamento del Registro Mercantil), las vicisitudes posteriores al nombramiento, en la medida en que afecten al procedimiento de depósito, deben hacerse constar en

el folio correspondiente. Con todo, la inscripción del cese de auditor por renuncia del socio no está expresamente regulada en nuestro ordenamiento si bien sí que lo está la inscripción del cese por cualquier causa (*vide* art. 22.2 del Código de Comercio), lo que justifica que este Centro se pronuncie sobre cuales hayan de ser los requisitos al respecto.

4. La renuncia del derecho reconocido se rige por las reglas generales del ordenamiento y, en consecuencia, por lo previsto en el artículo 6.2 del Código Civil conforme al cual: «La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos solo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros».

De conformidad con la regulación sustantiva, la renuncia solo es válida si es llevada a cabo por el titular del derecho, no contraría el interés o el orden público ni perjudica a tercero. A ello se deben añadir los requisitos de forma y tiempo.

Tratándose de un derecho de naturaleza estrictamente privada difícilmente concurrirá la excepción del interés u orden público. Tampoco concurre otro interés que el del propio renunciante habida cuenta que la sociedad contra quien se ejerció la pretensión ha tenido la posibilidad de oponerse al reconocimiento (art. 354 del Reglamento del Registro Mercantil). A pesar de ello y por aplicación de las reglas generales (art. 35 de la Ley 30/1992), parece claro que la sociedad debe ser notificada al efecto de que pueda, si le conviene, hacer las alegaciones que tenga por conveniente (sobre la legitimación del renunciante por ejemplo). Sin perjuicio de lo anterior es igualmente claro que la renuncia no puede perjudicar los derechos profesionales que el auditor nombrado y con cargo aceptado haya devengado hasta el momento en que se ponga en su conocimiento la renuncia de conformidad con las reglas generales (art. 267 de la Ley de Sociedades de Capital).

Por aplicación analógica de las normas previstas en el Reglamento del Registro Mercantil (*vide* art. 359 del Reglamento del Registro Mercantil), la renuncia deberá presentarse en forma ante el Registro Mercantil debiendo resultar de su contenido, con las adaptaciones necesarias, la legitimación del renunciante, el objeto de renuncia y la voluntad expresa y determinada de renunciar al derecho reconocido (*vide* sentencias del Tribunal Supremo –sala primera– de fechas 11 de octubre de 2001 y 25 de enero de 2008). La renuncia, que debe ser anterior a la emisión del informe de auditoría, debe notificarse al auditor para que alegue por su parte lo que tenga por conveniente (*vide* art. 342.1 en relación al artículo 364 del Reglamento del Registro Mercantil).

5. En el supuesto que da lugar a este expediente la persona en cuyo favor se reconoció el derecho al nombramiento de auditor de cuentas ha expresado en documento público su voluntad inequívoca de renunciar al derecho reconocido. A la luz de las anteriores circunstancias el registrador mercantil accede a la pretensión y da por cerrado el expediente, decisión que esta Dirección General no puede sino confirmar. Resultando que los posibles afectados por el

informe de auditoría reconocen que el nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil carece de objeto al haber desaparecido el interés protegible, es evidente que el registrador actuó correctamente al cerrar el expediente y notificar dicha circunstancia al auditor nombrado.

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

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Pontevedra, don Vicente Artime Cot de fecha 4 de febrero de 2015.

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

Madrid, 17 de abril de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador Mercantil de Pontevedra.

Resolución de 20 de abril de 2015 (1.ª)

En el expediente 24/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Grupo Orenes, S.L.».

HECHOS

I

Don, actuando en representación de la sociedad «Inversiones Senero, S.L.», presentó un escrito de fecha 28 de enero de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Murcia, en el que tuvo su entrada el día 5 de febrero siguiente, en el que solicitó, al amparo del artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular su representada de más del 5% del capital social de «Grupo Orenes, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

Basa su pretensión en que el nombramiento de auditor voluntario que ha llevado a efecto la sociedad infringe la previsión del artículo 19 de la Ley de Auditoría por cuanto excede del periodo máximo legal de nueve años deviniendo en consecuencia nulo de pleno derecho.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que el artículo 265.1 respecto de las sociedades obligadas solo permite el nombramiento por el registrador mercantil cuando la Junta General no hubiera procedido al nombramiento de auditor antes de finalizar el ejercicio a auditar, que no es el caso. 2.º Que el nombramiento se produjo por acuerdo de la Junta General de fecha 12 de junio de 2014 como se acredita con copia del acta notarial correspondiente y con copia de los documentos presentados en el Registro Mercantil para que se proceda a su inscripción.

III

El registrador mercantil de Murcia, don Bartolomé Nieto García dictó Resolución en fecha 24 de febrero de 2015 por la que acordó admitir la oposición y rechazar el nombramiento del auditor solicitado por cuanto resulta del expediente que no concurren las circunstancias del artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital ya que consta debidamente acreditado que la sociedad obligada ha procedido al nombramiento de auditor para la verificación de las cuentas ordinarias y consolidadas el ejercicio 2014, así como que el designado ha aceptado su nombramiento.

IV

Don, en la representación que ostenta, por escrito de fecha 16 de marzo de 2015, que tuvo entrada el día 17 siguiente en el Registro Mercantil de Murcia, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de solicitud en especial los relativos a que los nombramientos llevados a cabo desde el año 2010 son nulos de pleno derecho por exceder del límite máximo determinado legalmente.

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

1. El objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital prevé para que se acuerde la pertinencia de nombramiento de auditor cuando no lo lleva

a cabo la sociedad obligada. La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento 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).

No es objeto de este expediente en consecuencia la validez o nulidad de los nombramientos llevados a cabo en su día por la sociedad para la verificación de sus cuentas anuales o de las cuentas anuales del grupo, nombramientos que, además, al constar debidamente inscritos en el Registro Mercantil se encuentran bajo la salvaguarda judicial y se presumen exactos y válidos en tanto no se inscriba la declaración judicial de inexactitud o nulidad (art. 20 del Código de Comercio). Tampoco puede ser objeto de este procedimiento la determinación de la validez de los acuerdos adoptados por la Junta General de la sociedad el día 12 de junio de 2014.

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

2. Así las cosas, el recurso no puede prosperar pues no se dan las premisas legalmente establecidas para que proceda el nombramiento de auditor. Como resulta del artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital la sociedad ha acreditado debidamente el nombramiento de auditor para la verificación contable de las cuentas correspondientes al ejercicio 2014, nombramiento que se ha llevado a cabo antes del fin del ejercicio (circunstancias que no niega el recurrente). En consecuencia y de conformidad con el artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil procede el desistimiento de la pretensión del recurrente.

3. Si el recurrente considera que las inscripciones practicadas en su día adolecen de falta de validez tiene abierta la vía jurisdiccional para impugnar su contenido. Del mismo modo si considera que el acuerdo adoptado por la Junta General de la sociedad en relación al nombramiento de auditor viola alguna norma imperativa puede actuar de conformidad con las previsiones de la Ley de Sociedades de Capital (*vide* art. 205 en la redacción que tenía al tiempo de adoptarse el acuerdo). Lo que no puede pretender es que esta Administración se pronuncie sobre cuestiones que por su índole están reservadas al conocimiento de Jueces y Tribunales de acuerdo a las previsiones constitucionalmente aplicables.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Murcia núm. II, don Bartolomé Nieto García de fecha 24 de febrero de 2015.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándo-

les que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 20 de abril de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállico.–Sr. Registrador Mercantil de Murcia.

Resolución de 20 de abril de 2015 (2.ª)

En el expediente 25/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Cotas 0'0 Arquitectos Proyectos y Obras, S.L.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito de fecha 6 de febrero de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Cotas 0'0 Arquitectos Proyectos y Obras, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º La solicitud debe obedecer a una justa causa que debe ser expresa sin que baste la mera petición; aunque el interés a proteger sea el del socio ello no puede hacerse en detrimento de la sociedad. El Reglamento del Registro Mercantil señala unas causas de oposición limitadas que deja a la sociedad en situación de inferioridad frente al socio por lo que debe aceptarse que la sociedad pueda alegar el motivo que estime. 2.º Que los motivos concretos de oposición son: primero el conocimiento detallado de la contabilidad social por parte del socio que ha ostentado el cargo de administrador hasta noviembre de 2014 de donde se deduce que la solicitud no tiene más finalidad que la de perjudicar a la sociedad.; segundo, que nunca ha requerido a la sociedad información alguna circunstancia que debería haberse producido con anterioridad; tercero, que la sociedad rechazo su propuesta de venta de sus participaciones en una Junta a la que estaba convocado y no asistió a pesar de haber propuesta determinado precio de venta lo que confirma la temeridad de la solicitud.

III

El registrador mercantil de Madrid núm. V, don Francisco Javier Navia-Osorio dictó Resolución en fecha 27 de febrero de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don, como administrador único de la sociedad, por escrito de fecha 24 de marzo de 2015, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Madrid, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. El recurso no puede prosperar porque ninguno de los argumentos de contrario puede enervar la resolución del registrador mercantil de Madrid.

El recurso se articula en diversos motivos que pueden agruparse para ser debidamente contestados por este Centro Directivo.

2. En primer lugar la sociedad plantea una serie de cuestiones generales como son la inexistencia de una justa causa que justifique la solicitud, la supeditación del interés del socio a que no se produzca un detrimento en la sociedad y a la necesaria admisión de los motivos que estime oportunos la sociedad para motivar su oposición.

Por lo que se refiere a la ausencia de una causa legítima o causa justa que ampare la solicitud del instante, la inexpressión de causa de la solicitud o la ausencia de una justificación no puede enervar el derecho del socio minoritario. Es constante doctrina de este Centro que, a diferencia de las solicitudes de nombramiento registral de auditor para las sociedades obligadas por ley a la verificación contable y fundadas en el artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital, en aquellas otras, exentas de esta obligación, la causa de la petición es siempre y típicamente la misma: la inexistencia de una auditoría previa. Dicha circunstancia determina la existencia de un interés protegible que se reconoce a los socios minoritarios y la consecuente atribución del derecho a solicitar que se lleve a cabo la verificación. Por ello, el artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil que articula el procedimiento para la tramitación de las solicitudes fundadas en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, no exige su expresión, de alcance puramente formal, pues,

como ya se ha indicado, la inexpressión de la causa de la petición o su expresión inadecuada es intrascendente en este procedimiento de nombramiento registral de auditor a instancia de los socios minoritarios de entidades mercantiles (en este sentido pueden verse las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 12 y 23 de julio, 7 de octubre de 2010 y 11 y 31 de marzo de 2014 entre otras).

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

Finalmente y también en relación a las observaciones ya señaladas, la competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la Constitución Española en relación a los arts. 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y resoluciones de este Centro de 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010, entre otras).

Consecuentemente, y de acuerdo a lo establecido en el artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil por remisión del artículo 359.2 del mismo cuerpo legal, la sociedad solo puede enervar la solicitud de nombramiento de auditor si acredita la falta de legitimación del instante o que no procede el nombramiento. Cualquier otra cuestión debe ser planteada, como queda por extenso debidamente fundamentado, en el procedimiento judicial que corresponda.

3. En segundo lugar la sociedad se refiere al hecho de que el instante tiene perfecto conocimiento de la contabilidad social y que nunca ha hecho solicitud formal de información. Esta Dirección General se ha referido en numerosas ocasiones a esta cuestión (*vide* resoluciones de este Centro de 7 de

mayo de 2012 y 5 de febrero y 28 de mayo de 2013). En ningún caso la apelación a dicha circunstancia puede enervar la pretensión de nombramiento, dado que los derechos de información y auditoría, aunque complementarios y relacionados entre sí, resultan distintos por su finalidad y requisitos e independientes en cuanto a las condiciones para su ejercicio. Los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, independientemente de si ejercieron previamente su derecho a solicitar información financiera o contable o si, por cualquier otra circunstancia como la de ejercer en su día el cargo de administrador, tuvieron acceso a la contabilidad social (*vide* arts. 196 y 197 en relación con los arts. 253 y 272 de la Ley de Sociedades de Capital). Téngase en cuenta que el objeto de este expediente no es determinar si el socio minoritario puede acceder o no a la información contable sino si tiene derecho a que se designe un auditor a fin de obtener una opinión técnica, independiente e imparcial sobre si las cuentas «expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación» (art. 1 del Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas). Resulta por tanto indiferente si el socio llegó o no efectivamente a conocer las cuentas o a solicitar información previa al respecto porque no es esto lo que se discute, sino si tiene derecho a que un tercero independiente verifique las cuentas anuales.

Si el socio instante ostentó un cargo en la sociedad durante parte del ejercicio al que se refiere la solicitud es igualmente evidente que dicha circunstancia no puede ahora frustrar su derecho a solicitar verificación contable. Esto solo ocurriría si hubiera gestionado durante todo el ejercicio en exclusiva los asuntos sociales o hubiera ejercido la administración con carácter solidario, porque en este caso habría podido contratar por sí mismo los servicios de un auditor ajeno a la empresa, si lo hubiera creído conveniente (Resoluciones de 27 de mayo de 2007, 3 de septiembre de 2008, 1 de septiembre de 2011 y 12 de septiembre de 2012, entre otras).

4. Por último la oposición de la sociedad afirma que la solicitud no tiene más finalidad que la de producir un perjuicio a la sociedad así como su carácter temerario. También este Centro Directivo se ha referido a esta cuestión por medio de una consolidada doctrina. Al respecto ha afirmado que siendo indiscutible que nuestro ordenamiento jurídico no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo por lo que el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización de buena fe (art. 7 del Código Civil), también lo es que la apreciación de tales circunstancias resulta imposible en un procedimiento como el presente cuyo limitado conocimiento material y competencial lo impide, sin perjuicio del derecho de los interesados a acudir a los Tribunales de Justicia en defensa de su posición jurídica (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 17 de septiembre y 4

de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010 y 11 de marzo de 2014, entre otras).

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid núm. V don Francisco Javier Navia-Osorio de fecha 27 de febrero de 2015.

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

Madrid, 20 de abril de 2015.—Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.—Sr. Registrador Mercantil núm. V de Madrid.

Resolución de 20 de abril de 2015 (3.ª)

En el expediente 26/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Fereba, S.A.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito de fecha 19 de enero de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Palma de Mallorca, en el que tuvo su entrada el día 21 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 «Fereba, S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º De la documentación presentada no resulta una causa seria que justifique la solicitud o, al menos, no se ha expresado, sin que sea suficiente la mera petición de nombramiento que debe acompañarse de un principio de causa que no se ha expresado. 2.º Con la exigencia de justa causa se pretende evitar la generación de gastos a cargo de la sociedad que podrían evitarse por innecesarios.

III

El registrador mercantil de Palma de Mallorca núm. I, don Joaquín Cortés Sánchez dictó Resolución en fecha 4 de febrero de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don, como consejero delegado de la sociedad, por escrito de fecha 19 de marzo de 2015, 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, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos, añadiendo que la solicitud reconocida en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital debe tener un carácter subsidiario al ejercicio de otros derechos, como el de información, menos onerosos.

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. Ninguno de los motivos alegados por el escrito de recurso tiene la virtualidad, conforme al artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil, de enervar la solicitud de nombramiento de auditor y de revocar la resolución del registrador mercantil.

2. En primer lugar porque la inexpressión de causa de la solicitud o la ausencia de una causa seria, como dice el escrito, 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 inexpressión de la causa de la petición o su expresión inadecuada es intrascendente en este procedimiento de nombramiento registral de auditor a instancia de los socios minoritarios de entidades mercantiles (en este sentido pueden verse las Resoluciones de la Dirección

General de los Registros y del Notariado de fechas 12 y 23 de julio, 7 de octubre de 2010 y 11 y 31 de marzo de 2014 entre otras).

3. Muy ligada a la anterior está la fundamentación del rechazo a la alegación, contenida en el escrito de recurso, de que el derecho a obtener el nombramiento de auditor debe subordinarse a una previa solicitud de información, que no concurre en el expediente. Esta Dirección General ha afirmado en numerosísimas ocasiones que tal subordinación no está contemplada ni en la Ley ni en el Reglamento del Registro Mercantil por lo que no puede traerse en detrimento del derecho individual del socio contemplado en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital (*vide* resoluciones de este Centro de 7 de mayo de 2012 y 5 de febrero y 28 de mayo de 2013 y 17 de junio de 2014). Los derechos de información y auditoría, aunque complementarios y relacionados entre sí, resultan distintos por su finalidad y requisitos e independientes en cuanto a las condiciones para su ejercicio. Los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, con independencia de si han ejercitado previamente su derecho a solicitar información financiera o contable o de si, efectivamente han tenido acceso a dicha información por cualquier circunstancia como la de ejercer en su día el cargo de administrador (*vide* arts. 196 y 197 en relación con los artículos 253 y 272 de la Ley de Sociedades de Capital). Téngase en cuenta que el objeto de este expediente no es determinar si el socio minoritario puede acceder o no a la información contable sino si tiene derecho a que se designe un auditor a fin de obtener una opinión técnica, independiente e imparcial sobre si las cuentas «expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación» (art. 1 del Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas).

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

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Palma de Mallorca núm. I, don Joaquín Cortés Sánchez de fecha 4 de febrero de 2015.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándo-

les que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 20 de abril de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.–Sr. Registrador Mercantil de Palma de Mallorca.

Resolución de 20 de abril de 2015 (4.^a)

En el expediente 27/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Bella Ría, S.A.».

HECHOS

I

Don, actuando en representación de don, presentó un escrito de fecha 20 de enero de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Pontevedra, en el que tuvo su entrada el día 22 siguiente, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular su representado de más del 5% del capital social de «Bella Ría, S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

De copia del poder que se acompaña resultan conferidas facultades amplísimas para, entre otras muchas: «Comparecer en Juzgados,..y toda clase de oficinas públicas o privadas, autoridades y organismos del Estado...en asuntos civiles, ...administrativos...promover, instar, seguir, contestar y terminar...o en cualquier otro concepto, toda clase de expedientes...pretensiones...tramitaciones». En especial se le confieren facultades para: «representarlo en todos los actos de la sociedad «Bella Ría, S.A.», pudiendo asistir a todo tipo de juntas, ejercitando todos los derechos derivados de la condición de socio...»

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que el poder en virtud del cual actúa el solicitante es insuficiente al no contener facultad alguna para instar el nombramiento de auditor. 2.º La sociedad es de carácter familiar y el representado forma parte del consejo de administración por lo que su pretensión resulta absurda al tener conocimiento de las actividades societarias siendo corresponsable de ellas. 3.º La única explicación de la solicitud es provocar un quebranto económico a la sociedad derivado del rechazo de la sociedad a concederle determinada petición económica.

III

El registrador mercantil de Pontevedra, don dictó Resolución en fecha 9 de febrero de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don, en su calidad de Presidente del consejo de administración, por escrito de fecha 25 de febrero de 2015 (sic), que tuvo entrada el día 24 de febrero de 2015 en el Registro Mercantil de Pontevedra, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 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. Procede la confirmación de la resolución del registrador mercantil por cuanto ninguno de los argumentos de contrario puede fundamentar su revocación de acuerdo a las previsiones del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y del artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil.

2. En primer lugar porque la afirmación de que el poder aportado es insuficiente para la actuación representativa que constituye el objeto del expediente es insostenible. De la documentación aportada por el instante resulta que actúa en nombre e interés de su principal y en virtud de un poder notarial con amplísimas facultades si bien limitadas a las acciones de la sociedad. Además de las amplias facultades generales, el principal apodera al representante específicamente para que actúe en su nombre ante la sociedad y más específicamente aún para que ejercite los derechos inherentes a su condición de socio, entre los que se encuentra, el previsto en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. Como resulta del tenor literal de la Ley, el derecho se reconoce exclusivamente a quien ostente la condición de socio de donde se sigue, indubitadamente, que es un derecho exclusivo de los socios e inherente a su condición, siempre que se reúna el volumen de capital previsto en la norma.

3. La misma suerte desestimatoria ha de tener el motivo relativo al hecho de que el socio que actúa por medio de representante forma parte del consejo de administración. Es doctrina consolidada de este Centro Directivo que el hecho de que el socio instante ostente la cualidad de miembro del consejo de

administración no perjudica su derecho a solicitar verificación de las cuentas anuales pues la facultad reconocida al socio minoritario en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital no queda desvirtuada por dicha circunstancia. Es cierto que este Centro Directivo ha afirmado (Resolución de 28 de febrero de 2013 por todas), que el derecho individual a solicitar el nombramiento de auditor para la verificación de las cuentas anuales no procede cuando el instante ha gestionado en exclusiva o con carácter solidario la sociedad durante el ejercicio a auditar pues en estos supuestos habría podido contratar, como un acto más de gestión, los servicios de un auditor para dicha finalidad. Sin embargo no concurre dicha circunstancia en el presente expediente pues el instante, si bien ha formado parte del consejo de administración, ha carecido por sí solo de la facultad de llevar a cabo tal nombramiento al recaer la competencia de administración y representación en la totalidad del consejo y precisar un acuerdo mayoritario al respecto (art. 245.1 de la Ley de Sociedades de Capital).

4. Por último tampoco puede acogerse el motivo relativo a los costes inherentes a la auditoría. Los costes de la verificación contable, de acuerdo con el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital, integrados esencialmente por el importe de los honorarios profesionales (art. 267 del mismo texto legal), corren a cargo de la sociedad. Como ha reiterado este Centro (Resolución de 27 de febrero de 2013 y 31 de enero, 30 de julio, 4 y 5 de agosto de 2014 entre las más recientes), el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital no deja margen a la interpretación por lo que con independencia de cuales sean las condiciones económicas de la sociedad y el perjuicio económico alegado, se impone el derecho individual del socio a conocer el estado contable de la sociedad y a su verificación por auditor nombrado por el Registro Mercantil.

Si la parte recurrente considera que la actuación del socio incurre en fraude de Ley, en abuso de Derecho o entiende que su situación jurídica no es debidamente respetada tiene abierta la vía jurisdiccional para que en un procedimiento plenario, con audiencia de las personas interesadas y con plenitud de medios de prueba alegue lo que estime oportuno en su defensa (*vide* 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 ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Pontevedra, don Vicente Artime Cot de fecha 9 de febrero de 2015.

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

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

Madrid, 20 de abril de 2015.—Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.—Sr. Registrador Mercantil de Pontevedra.

Resolución de 27 de abril de 2015 (1.ª)

En el expediente 10/2015 sobre nombramiento de auditor nombrado a instancia de un socio de la mercantil «Euromant Textil, S.L.».

HECHOS

I

Don José Manuel Gómez Sarrión presentó un escrito de fecha 12 de enero de 2015, 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 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital y como titular del 33,3% del capital social de «Euromant Textil, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del alegando: 1.º Que la sociedad no está obligada a la verificación contable conforme al artículo 263.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital. 2.º Desde la constitución de la sociedad don, ha sido administrador único, y ninguno de los socios ha solicitado que se auditase la documentación, que está a disposición de todos los socios. A mayor abundamiento, los administradores tienen hasta el 31 de marzo de 2.015 para presentar dichas cuentas anuales y luego convocar Junta General para la aprobación de las mismas, y a partir de ese momento el socio tendrá a su disposición toda la documentación contable. El derecho a información está perfectamente garantizado. Carece de sentido que la sociedad tenga que asumir unos costes de una auditoría innecesaria. El solicitante no expresa la causa por el que sea absolutamente necesaria la contratación de un auditor. Ejercicio abusivo y antisocial del derecho. 3.º Relaciones extraempresariales, familiares y de herencia que se están dilucidando ante la jurisdicción civil que impiden que la sociedad tenga una actividad empresarial tranquila y con seguridad jurídica. 4.º Se han realizado dos auditorías por auditor independiente designado por el Registro Mercantil, referidas a los ejercicios 2012 y 2013, ambas a solicitud del solicitante. Al escrito de oposición se acompaña copia del requerimiento notarial efectuado por la mercantil «Euromant Textil, S.L.», a don de fecha 22 de enero de 2.015 en la que se le

notifica y requiere para que convoque Junta General de la mercantil «Gomezsa, S.L.», con los puntos del día que en la misma se enumeran.

III

La Registradora Mercantil de Valencia dictó Resolución en fecha 30 de enero de 2015 por la que acordó denegar dichas alegaciones y proceder al nombramiento solicitado.

IV

Don y doña, en su calidad de administradores solidarios de la mercantil «Euro-mant Textil, S.L.», presentaron un escrito suscrito el día 24 de febrero de 2015, que tuvo entrada el 25 de febrero de 2015 en el Registro Mercantil de Valencia, mediante el cual se interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, por las siguientes razones: 1.º Dan por reproducidas las causas de oposición. 2.º Ejercicio abusivo del derecho. Falta la explicación del motivo por el que es necesario que el Registro Mercantil designe un auditor. 3.º Desconocimiento de que la sociedad puede designar y contratar un auditor independiente que audite las cuentas del año 2014, que es en este caso fundamental, dado que se sufre por la mala fe del socio unos gastos innecesarios. Se manifiesta la voluntad de contratar un auditor para que verifique las cuentas del ejercicio 2014, y una vez auditadas las cuentas se las trasladaremos al socio solicitante, convocando con posterioridad Junta General para aprobarlas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 265.2 de la Ley de Sociedades Capital; 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y 6, 7 y 1902 del Código Civil.

1. No puede prosperar ninguno de los motivos de recursos alegados por la sociedad recurrente como fundamento de su pretensión.

El recurrente se remite en la primera causa de recurso a las ya contenidas en el escrito de oposición. Si bien es cierto que la sociedad no está obligada a la verificación contable conforme al artículo 263.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, no lo es menos que el artículo 265.2 del mismo Texto Refundido concede a los socios de las mercantiles no obligadas a auditar sus cuentas el derecho a solicitar al Registro Mercantil del domicilio social el nombramiento de un auditor que verifique las cuentas del ejercicio económico inmediatamente anterior, siempre que concurren los requisitos que se enumeran en el mencionado artículo, esto es, que el solicitante sea titular de participaciones que representen, al menos, el 5% del capital social y que la instancia sea presentada dentro de los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social., concurriendo en el presente caso ambas exigencias. En este sen-

tido se pronuncia la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de febrero de 2013 por todas.

2. En el escrito de oposición la sociedad aduce que el solicitante fue en el pasado administrador único. Es doctrina consolidada de este Centro Directivo que el hecho de que el socio instante haya ostentado la cualidad de administrador único con anterioridad al ejercicio sobre el que se solicita la auditoría no perjudica su derecho a solicitar verificación de las cuentas anuales, pues la facultad reconocida al socio minoritario en el artículo 265.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital no queda desvirtuada por dicha circunstancia. Es cierto que este Centro Directivo ha afirmado (Resolución de 28 de febrero de 2013 por todas), que el derecho individual a solicitar el nombramiento de auditor para la verificación de las cuentas anuales no procede cuando el instante ha gestionado en exclusiva o con carácter solidario la sociedad durante el ejercicio a auditar pues en estos supuestos habría podido contratar, como un acto más de gestión, los servicios de un auditor para dicha finalidad. Sin embargo no concurre dicha circunstancia en el presente expediente pues el instante, si bien ha sido administrador único de la sociedad, dejó de serlo por acuerdo adoptado en junta general celebrada el 24 de abril de 2012 (inscripción 4.^a), y por tanto con anterioridad al cierre del ejercicio sobre el que se solicita la auditoría, habiendo carecido de la facultad de llevar a cabo, por sí solo, tal nombramiento.

3. La siguiente razón esgrimida como fundamento de su pretensión consiste en que, una vez confeccionadas las cuentas y aprobadas por la Junta General los socios las tendrán a su disposición, estando el derecho de información perfectamente garantizado. Con independencia de que, un vez que se convoque la pretendida Junta, los socios ejerzan el derecho de información que les reconoce el artículo 272 de la Ley de Sociedades de Capital y con independencia del deber de los administradores de proporcionar a los socios los informes o aclaraciones que estimen precisos acerca de los asuntos comprendidos en el orden del día ex artículo 196 del mismo cuerpo legal, los socios disponen adicionalmente del derecho a que se verifiquen las cuentas anuales. Este Centro Directivo ha reiterado que no pueden, en modo alguno, confundirse el derecho a conocer y examinar las cuentas sociales, o derecho de información que asiste a todos los socios de entidades mercantiles, con independencia del porcentaje de capital que ostenten en la compañía con el derecho a la verificación contable que reconoce el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital a aquellos que reúnan un porcentaje de participaciones sociales que representen al menos al 5% de capital social y que presenten su solicitud dentro de los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social a auditar. Resulta evidente que ambos derechos, aunque relacionados, son distintos e independientes en su ejercicio, ya que éste último tiene la finalidad de que las cuentas anuales sean verificadas por un auditor de cuentas ajeno a la estructura empresarial de la sociedad afectada por la solicitud, de modo que el ejercicio de uno no puede impedir ni obstaculizar el ejercicio de otro. Por este

motivo es irrelevante que los administradores afirmen que, formuladas las cuentas, se convocará Junta o que en dicho ámbito ofrecerá la información que se le reclama. En cualquier caso, al socio le ampara la Ley para solicitar y conseguir que las cuentas anuales sean verificadas por auditor independiente. Así resulta de los artículos 196, 197 y 272 de la Ley de Sociedades de Capital y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 13 de agosto, 1 de septiembre y 6 de octubre de 2010, entre otras.

Por otra parte, la circunstancia de que el solicitante no exprese causa de la petición carece de trascendencia para desvirtuar el derecho del socio a la auditoría. 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. 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 inexpressión 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 y 7 de octubre de 2010, entre otras).

4. También debe desestimarse el argumento consistente en la mala fe y ejercicio abusivo derecho. Es asentada la doctrina de esta Dirección General, resolución de 7 de febrero de 2013 entre otras, que considera que no es posible analizar en este trámite, dado lo limitado del conocimiento que tiene atribuido, las razones o motivaciones que llevan al socio a requerir el nombramiento de auditor ya que, si bien es cierto que estas motivaciones no serán siempre legítimas y que en nuestro ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización de buena fe y no ampara, por el contrario, el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo, no lo es menos que las determinaciones internas de la voluntad no pueden examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no pueden presumirse nunca, sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados. A este respecto se pronuncian las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010, por todas.

5. La circunstancia de que se estén dilucidando ante la vía jurisdiccional civil ciertas relaciones extra-empresariales, familiares y de herencia no puede ser tenida en cuenta. Es consolidada la doctrina mantenida por este Centro Directivo relativa a que solo procede la suspensión del procedimiento cuando se está discutiendo en vía judicial la legitimación del solicitante, bien porque

se discute su cualidad de socio, bien porque se discute el porcentaje de participaciones de que es titular y que, en caso de prosperar la demanda, dejarían dicho porcentaje reducido a una cifra inferior al 5% que el artículo 265.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital exige para hacer valer el derecho al nombramiento de auditor por el Registro Mercantil. En el caso concreto no es procedente acordar la suspensión del procedimiento por no acreditarse haberse interpuesto con anterioridad demanda que verse sobre la legitimidad del solicitante y que pudiera influir en la resolución del presente expediente (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de mayo de 2013).

Del mismo modo no puede frustrar el derecho del socio a la auditoría el hecho de que se haya realizado por un auditor nombrado por el Registrador Mercantil la verificación de las cuentas de los ejercicios 2012 y 2013, puesto que es un derecho que corresponde al socio que sea titular de participaciones que representen, al menos, el 5% del capital social siempre que lo solicite dentro de los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social, y por tanto, con independencia de que lo haya ejercitado en ejercicios anteriores, al ser éste un derecho reiterable (Resolución de 4 de febrero de 2013).

6. La manifestación relativa a la voluntad del contratar un auditor de cuentas para que verifique las cuentas del ejercicio 2014 para que, una vez auditadas, se den traslado de las mismas al socio solicitante no constituye fundamento hábil para revocar la resolución del Registrador Mercantil. De forma reiteradísima (Resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012 y 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, entre otras muchas), este Centro Directivo ha mantenido que la finalidad del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital es la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la estructura empresarial, para lo cual dicho artículo reconoce y regula el derecho a la verificación de la contabilidad social por un profesional independiente nombrado por el Registrador Mercantil a instancia de los socios que reúnan un mínimo de participaciones acciones equivalentes al 5% del capital social y siempre que presenten su solicitud en los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social.

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

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: a) Que sea anterior a la resolución del presente expediente b) Que se garantice el derecho del socio al informe de auditoría, lo que solo

puede lograrse mediante la inscripción del nombramiento, mediante la entrega al socio del referido informe o bien mediante su incorporación al expediente.

No concurriendo en el supuesto de hecho ninguna de estas dos circunstancias no puede ser estimada la expresada causa de recurso.

7. Por la misma razón debe rechazarse la argumentación relativa a los innecesarios gastos que ocasionaría el nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil pues como resulta del artículo 265.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital el importe de los honorarios profesionales (art. 267 del mismo texto legal), corre a cargo de la sociedad. Como ha reiterado este Centro (Resolución de 27 de febrero de 2013 entre las más recientes), el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital no deja margen a la interpretación por lo que con independencia de cuales sean las condiciones económicas de la sociedad y el perjuicio económico alegado, se impone el derecho individual del socio a conocer el estado contable de la sociedad y a su verificación por auditor nombrado por el Registro Mercantil.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución de la Registradora de Valencia doña Isabel Querol Sancho, de fecha 30 de enero de 2015.

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

Madrid, 27 de abril de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.–Sra. Registradora Mercantil de Valencia.

Resolución de 27 de abril de 2015 (2.ª)

En el expediente 31/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Instalaciones Eléctricas de Almendralejo, S.L.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito de fecha 20 de febrero de 2015, 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 «Instalaciones Eléctricas de Almendralejo, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la sociedad ya ha nombrado auditor voluntario para el ejercicio 2014. 2.º Que se pondrá oportunamente a disposición del socio toda la información relativa al ejercicio 2014 así como el informe de auditoría de cuentas y será convocado a la Junta en los términos previstos en los estatutos. 3.º Que la sociedad no ha restringido los derechos del socio en cuanto a la información que ha de proporcionársele habiendo actuado de conformidad con las previsiones del ICAC y la doctrina de la Dirección General.

Junto al escrito de oposición se presenta un documento de fecha 14 de diciembre de 2014 el que determinada firma de auditoría presenta a la administración de la sociedad memoria explicativa del presupuesto de realización de auditoría para los ejercicios 2014, 2015 y 2016 (que no se acompaña).

III

El registrador mercantil de Badajoz, don Juan Enrique Pérez y Martín dictó Resolución en fecha 5 de marzo de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don y don, en representación de la sociedad, por escrito de fecha 19 de marzo de 2015, que tuvo entrada el día 25 siguiente en el Registro Mercantil de Badajoz, interponen recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos a lo que añaden que no se ha puesto a disposición del socio el informe de auditoría porque no han transcurrido los plazos legales para formular las cuentas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. El recurso no puede prosperar porque ninguno de los motivos alegados por la sociedad en relación con los hechos expuestos tiene virtualidad para que se revoque la resolución del registrador mercantil de Badajoz.

De forma reiteradísima (Resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012 y 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, entre otras muchas), este Centro Directivo ha mantenido que la finalidad del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital es la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la estructura empresarial, para lo cual dicho artículo reconoce y regula el derecho a la verificación de la contabilidad social por un profesional independiente nombrado por el Registrador Mercantil a instancia de los socios que reúnan un mínimo de participaciones sociales o acciones equivalentes al 5% del capital social y siempre que presenten su solicitud en los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social.

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

Este criterio ha sido sancionado por la doctrina del Tribunal Supremo que en su sentencia de 9 de marzo de 2007, con cita de la doctrina de este Centro Directivo afirma: «La posibilidad de que, en las sociedades no sometidas a verificación obligatoria, la minoría acuda a la designación de un auditor por el Registro Mercantil trata de asegurar el control de las cuentas por un profesional independiente...pero no protege el hecho de que actúe un concreto y determinado profesional, creando una suerte de vinculación *in tuitu personae* entre la empresa o entidad y el profesional que recibe el encargo de llevar a efecto la revisión». Y más adelante continúa: «La designación se verifica no en razón de condiciones o circunstancias que puedan concurrir en un determinado profesional, sino por un mecanismo aleatorio que tiene por base una consideración de equivalencia o igualdad entre los profesionales inscritos en las listas». Para terminar afirmando que: «Hay que añadir a ello la consolidada opinión emitida reiteradas veces por la Dirección General de Registros y del Notariado...en orden a considerar que el derecho del accionista a solicitar la auditoría prevista en el artículo 205.2 LSA queda enervado por el encargo de una auditoría voluntariamente realizado por los administradores...estimándose indiferente el origen de la designación (Juez, Registrador, Órganos sociales), lo que viene razonándose en el sentido de que «dicho auditor ha de conducirse en sus actuaciones bajo estrictos y exclusivos criterios de independencia y de profesionalidad...ya que la finalidad del artículo 205.2 LSA no es que la auditoría se realice a instancia de un determinado socio sino que aquella efectivamente se realice y el socio pueda tener perfecto conocimiento de la contabilidad de la sociedad».

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

2. En el supuesto que da lugar a la presente la sociedad no ha justificado ninguno de los anteriores requisitos. Resulta obvio que la mera presentación de un escrito en el que una firma explica las distintas partidas de un presupuesto para la realización de una auditoría (presupuesto que no se acompaña), no justifica en modo alguno que se haya adoptado el acuerdo de nombramiento de auditor ni, en su caso, que se haya suscrito el oportuno contrato de auditoría (art. 3.2 del Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas y art. 8 del Real Decreto 1517/2011, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas).

Tampoco se ha justificado en modo alguno que se haya garantizado el interés protegible del socio minoritario de alguna de las formas más arriba descritas y aunque es cierto, como señala el escrito de recurso, que ha transcurrido un breve plazo desde el cierre del ejercicio social lo que dificulta la aportación de un informe de verificación, no lo es menos que la sociedad no ha acreditado que haya solicitado la inscripción de nombramiento de auditor voluntario para el ejercicio finalizado medio de aseguramiento de aquél interés que podía haber instado en cualquier tiempo. Procede en consecuencia la desestimación del recurso interpuesto.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Badajoz, don, de fecha 5 de marzo de 2015.

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

Madrid, 27 de abril de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador Mercantil de Badajoz.

Resolución de 27 de abril de 2015 (3.ª)

En el expediente 30/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Institución Universitaria Mississippi, S.L.».

HECHOS

I

Doña, presentó un escrito de fecha 19 de enero de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 30 del mismo mes y año, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Institución Universitaria Mississippi, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la sociedad ha nombrado auditor mediante acuerdo del consejo de administración de fecha 22 de diciembre de 2014 como justifica con la documentación que acompaña, habiéndose solicitado su constancia en el Registro Mercantil. Consta que el escrito de nombramiento tuvo entrada en el Registro Mercantil el día 12 de febrero de 2015 y que las firmas de los interesados fueron legitimadas notarialmente el mismo día.

III

La registradora mercantil de Madrid núm. VI, doña María Victoria Arizmendi Gutiérrez dictó resolución en fecha 27 de febrero de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado pues aunque de la documentación presentada resulta el nombramiento y aceptación de Auditor, la legitimación de firmas es posterior a la solicitud individual por lo que siendo anterior la presentación de la solicitud no procede la oposición.

IV

Don, en su condición de Presidente y consejero delegado, por escrito de fecha 25 de marzo de 2015, que tuvo entrada el día 27 siguiente 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 La resolución de la registradora es extemporánea al haber sido dictada fuera del plazo de cinco días previsto en el Reglamento del Registro Mercantil. 2.º El consejo de administración de la sociedad designó auditor el día 22 de diciembre de 2014 y fue aceptado por el designado el día siguiente. 3.º El hecho de que no se hayan depositado las cuentas del ejercicio 2013 se debe a que el entonces auditor nombrado no ha

hecho entrega de su informe de auditoría hasta el día 6 de marzo de 2015 como se justifica documentalmente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. El escrito de recurso plantea una cuestión formal que debe ser resuelta con carácter previo al fondo del asunto y que se refiere a la extemporaneidad de la resolución que es objeto de impugnación.

Del expediente resulta que la sociedad se opuso a la designación de auditor mediante escrito que tuvo su entrada en el Registro Mercantil el día 12 de febrero de 2015. La registradora mercantil resolvió el día 27 de febrero, en consecuencia fuera del plazo previsto en el artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil sin que resulte del expediente el motivo del retraso en la emisión de la resolución.

A pesar de lo anterior bajo ningún concepto puede aceptarse la pretensión de la sociedad recurrente. Como ha recordado esta Dirección General (Resoluciones de 10 de octubre de 2010 y 3 de junio de 2014), los plazos de tramitación y de resolución por la autoridad competente no son más que medios orientados al fin de dotar al procedimiento de la necesaria agilidad para que las partes tengan, en el más breve plazo posible, una decisión fundada en derecho.

Los plazos para dictar resolución y para emitir notificación no son de caducidad sino que se trata de plazos cuyo transcurso no impide adoptar una decisión sobre el fondo del asunto planteado ni afecta a la validez de la decisión adoptada como resulta de una simple lectura del artículo 62 en relación al artículo 63.3 de la Ley 30/1992 que recoge las causas de nulidad del procedimiento administrativo (y sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran derivarse de su dilación injustificada, artículos 41 y 47 de la propia Ley).

2. Por lo que se refiere al fondo del asunto, vuelve a plantearse una cuestión sobre la que esta Dirección General se ha pronunciado reiteradamente y que versa sobre la situación que se produce cuando se ha llevado a cabo una designación de auditor por la sociedad no obligada a verificación entrando en conflicto con la solicitud de designación que insta un socio minoritario.

De forma reiteradísima (Resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012 y 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, entre otras muchas), este Centro Directivo ha mantenido que la finalidad del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital es la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la

estructura empresarial, para lo cual dicho artículo reconoce y regula el derecho a la verificación de la contabilidad social por un profesional independiente nombrado por el Registrador Mercantil a instancia de los socios que reúnan un mínimo de participaciones sociales o acciones equivalentes al 5% del capital social y siempre que presenten su solicitud en los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social.

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

Esta es la postura igualmente de nuestro Tribunal Supremo que en su sentencia de fecha 9 de marzo de 2007 (con cita expresa de la doctrina de este Centro), afirma rotundamente que el interés del socio está debidamente satisfecho cuando el informe de verificación se ha llevado a cabo por el auditor con independencia del origen de su nombramiento llegando a afirmar que la pretensión de reiteración del informe puede considerarse un abuso de derecho. No puede aceptarse en consecuencia la pretensión de que existiendo persona designada se lleve a cabo una segunda auditoría sobre el mismo ejercicio económico situación que ni desde el punto de vista económico ni del jurídico es aceptable.

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

3. En el supuesto que da lugar a la presente se solicita por parte de la sociedad, con posterioridad a la presentación de la instancia por el socio minoritario, la inscripción del nombramiento de auditor en virtud de un acuerdo adoptado con anterioridad.

Es doctrina de este Centro Directivo (*vide* Resolución de 30 de julio de 2014), que en una situación semejante lo procedente es suspender el procedimiento iniciado por la presentación de la instancia del socio minoritario hasta tanto se lleve a cabo la inscripción solicitada o, en su caso, caduque el asiento de presentación del nombramiento voluntario realizado por la sociedad. La indeterminación inherente a toda solicitud de inscripción en tanto no se practique, impide tomar una decisión sobre la procedencia o no de la solicitud del socio minoritario pues como queda expuesto no basta con que el

nombramiento sea anterior sino se asegura el cumplimiento de la realización de la verificación contable; sino se garantiza que el interés protegible se verá satisfecho.

4. Tradicionalmente este Centro Directivo exigió no solo que el nombramiento fuera anterior a la presentación de la instancia sino además que dicha circunstancia resultase de forma fehaciente. Esta doctrina (en la que se fundamenta la resolución impugnada), ha sido corregida con fundamento en que lo trascendente es garantizar el derecho del solicitante a la verificación contable, siendo irrelevante para el socio el origen del nombramiento debido a la independencia e imparcialidad que preside la actuación de estos profesionales. De este modo cuando quien tiene la responsabilidad legal de certificar los acuerdos sociales afirma que el nombramiento se ha llevado en fecha determinada justificando su aseveración con la aportación de la documentación correspondiente (incluida la aceptación por el auditor designado), no existe motivo para actuar como si dicho nombramiento no se hubiera producido (*vide*, entre otras, resoluciones de 1 y 23 de julio, 2 y 26 de septiembre, 2 de diciembre de 2013 y 24 de octubre de 2014). No existen razones para presumir falsedad en la declaración o fraude a los derechos del minoritario, que, de haberse producido, debería ser cuestión a ventilar ante los tribunales y no en el marco de este expediente que únicamente tiene por objeto la revisión por un auditor de las cuentas anuales de un determinado ejercicio.

5. Es cierto que la solicitud de inscripción de la auditoría ha sido posterior a la presentación de la instancia como resulta de los hechos pero si tenemos en cuenta: a) que el interés protegible quedará debidamente salvaguardado, en su caso, por la realización de la inscripción del auditor nombrado anteriormente 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 otro profesional idéntico 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* Resolución de 11 de marzo de 2014), la objetividad, imparcialidad e independencia del auditor de cuentas son principios vertebradores de la actividad auditora y quedan salvaguardados por la Ley de Auditoría de Cuentas así como por su Reglamento de Ejecución y las Normas Técnicas de Auditoría. El artículo 11 de la Ley de Auditoría encomienda a los propios auditores el deber de abstenerse en los supuestos en que puedan incurrir en causa de incompatibilidad atribuyendo al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas la competencia de velar por el adecuado cumplimiento del deber de independencia, así como de valorar en cada trabajo concreto la

posible falta de independencia de un auditor de cuentas o sociedad de auditoría. Si los interesados creen vulnerados dichos principios siempre podrán ejercitar las acciones administrativas de responsabilidad disciplinaria ante el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas o bien las acciones civiles o, incluso, penales pertinentes ante la jurisdicción competente; f) que resulta en definitiva que de llevarse a cabo la inscripción y satisfecho el interés protegible, no procede el nombramiento solicitado. Si el interesado considera que la actuación u omisión del auditor nombrado por la sociedad no es conforme con el cumplimiento de las obligaciones legalmente exigibles o que su independencia está comprometida debe dirigirse a la Autoridad competente alegando lo que a su derecho mejor convenga.

6. Las alegaciones que realiza la sociedad relativas a la falta de depósito de cuentas del ejercicio 2013 no pueden ser tenidas en cuenta en este expediente que, como queda reiterado, limita su conocimiento a la previsión del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

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

1.º Se deja sin efecto la resolución de la registradora mercantil de Madrid núm. VI, doña María Victoria Arizmendi Gutiérrez de fecha 27 de febrero de 2015.

2.º Se retrotrae el expediente a la fase de instrucción, en concreto al momento anterior a la resolución que se deja sin efecto, con el fin de que la registradora mercantil, en atención al estado del Registro y en especial de la solicitud de la sociedad de que se lleve a cabo la inscripción del nombramiento de auditor acordado con fecha 22 de diciembre de 2014, resuelva lo que proceda de conformidad con la doctrina expuesta más arriba.

3.º Devolver el expediente a la registradora mercantil a fin de que se lleven a cabo las anteriores diligencias.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la resolución de la registradora mercantil de Madrid núm. VI, doña María Victoria Arizmendi Gutiérrez de fecha 27 de febrero de 2015 en los términos que resultan de las consideraciones anteriores.

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

Madrid, 27 de abril de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador Mercantil núm. VI de Madrid.

Resolución de 27 de abril de 2015 (4.ª)

En el expediente 33/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Favasa Foods, S.L.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito de fecha 16 de febrero de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Badajoz, en el que tuvo su entrada el día 18 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 «Favasa Foods, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º La sociedad ya tiene nombrado un auditor pues ante determinadas sospechas convocó Junta a tal efecto de cuya convocatoria se dio traslado al solicitante. La junta se celebró el día 16 de febrero de 2015 como resulta del acta notarial de la misma. 2.º La solicitud del socio es de evidente mala fe como acredita que sea de la misma fecha que la Junta y no tiene otra finalidad que la de provocar un perjuicio a la sociedad. 3.º El auditor ya ha aceptado el cargo y se encuentra presentado el nombramiento ante el Registro Mercantil.

Acompañan junto a su escrito copia de la convocatoria de Junta a ser celebrada el día 16 de febrero de 2015, recibo del acuse de recibo de la anterior firmado por don y copia del acta de presencia de la notario de Almendralejo de 3 de febrero de 2015 con diligencia de 16 de febrero siguiente de la que resulta la celebración de la Junta General de socios de la sociedad y la aprobación del acuerdo de nombramiento de auditor para la verificación de las cuentas del ejercicio 2014. El representante del solicitante hace constar que este había ejercido el derecho contemplado en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital ese mismo día. Al final del acta consta notificación de la realización de asiento de presentación en el Registro Mercantil el día 20 de febrero de 2015. Finalmente consta escrito de aceptación por la sociedad auditora nombrada de fecha 19 de febrero de 2015.

III

El registrador mercantil de Badajoz, don Juan Enrique Pérez y Martín dictó Resolución en fecha 6 de marzo de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado habida cuenta de que la solicitud del socio minoritario fue anteriormente presentada y de que la sociedad tuvo conocimiento de ello como resulta del acta notarial de junta presentada.

IV

Don Juan y don, como administradores mancomunados, por escrito de fecha 30 de marzo de 2015, que tuvo entrada el día 1 de abril siguiente en el Registro Mercantil de Badajoz, interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 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. De forma reiteradísima (Resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012 y 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, entre otras muchas), este Centro Directivo ha mantenido que la finalidad del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital es la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la estructura empresarial, para lo cual dicho artículo reconoce y regula el derecho a la verificación de la contabilidad social por un profesional independiente nombrado por el Registrador Mercantil a instancia de los socios que reúnan un mínimo de participaciones sociales o acciones equivalentes al 5% del capital social y siempre que presenten su solicitud en los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social.

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

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

en razón de condiciones o circunstancias que puedan concurrir en un determinado profesional, sino por un mecanismo aleatorio que tiene por base una consideración de equivalencia o igualdad entre los profesionales inscritos en las listas». Para terminar afirmando que: «Hay que añadir a ello la consolidada opinión emitida reiteradas veces por la Dirección General de Registros y del Notariado...en orden a considerar que el derecho del accionista a solicitar la auditoría prevista en el artículo 205.2 LSA queda enervado por el encargo de una auditoría voluntariamente realizado por los administradores...estimándose indiferente el origen de la designación (Juez, Registrador, Órganos sociales), lo que viene razonándose en el sentido de que «dicho auditor ha de conducirse en sus actuaciones bajo estrictos y exclusivos criterios de independencia y de profesionalidad...ya que la finalidad del artículo 205.2 LSA no es que la auditoría se realice a instancia de un determinado socio sino que aquella efectivamente se realice y el socio pueda tener perfecto conocimiento de la contabilidad de la sociedad».

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

2. En el supuesto que da lugar a la presente consta acreditado en el expediente que el socio minoritario presentó su solicitud en el Registro Mercantil el día 16 de febrero de 2015. Consta igualmente acreditado que ese mismo día la sociedad procedió a la adopción del acuerdo de nombrar un auditor para la verificación de las cuentas del mismo ejercicio. Consta igualmente que el socio minoritario, por medio de su representante, puso en conocimiento de la sociedad antes de proceder a la votación el hecho de que había presentado la solicitud ante el Registro Mercantil. Consta finalmente acreditado que la sociedad presentó su solicitud de inscripción en el Registro Mercantil el día 20 de febrero de 2015.

Resultando de las anteriores circunstancias de forma patente que la designación llevada a cabo por la sociedad es posterior a la solicitud que hizo el socio minoritario al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital no procede sino la desestimación del recurso.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Badajoz, don Juan Enrique Pérez y Martín de fecha 6 de marzo de 2015.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente recla-

mación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 27 de abril de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador Mercantil de Badajoz.

Resolución de 27 de abril de 2015 (5.ª)

En el expediente 34/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Bodegas Renuncio, S.L.».

HECHOS

I

Don, actuando en representación como apoderado de don, presentó un escrito dirigido al Registro Mercantil de Burgos, en el que tuvo su entrada el 7 de enero de 2015, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular su representado de más del 5% del capital social de «Bodegas Renuncio, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º La Junta de socios celebrada con carácter universal el día 14 de octubre de 2014 debatió la ausencia de tesorería y la situación de pérdidas de la sociedad para hacer frente al pago de los gastos de auditoría de los ejercicios 2012 y 2013. 2.º Que la Junta decidió la disolución de la sociedad por lo que al encontrarse la sociedad en periodo de liquidación no procede la realización de la auditoría.

III

Notificado el instante de la oposición, presentó escrito de alegaciones en el que reafirma el derecho de su representado a la verificación de las cuentas anuales por auditor nombrado por el registrador mercantil.

IV

El registrador mercantil de Burgos, don Ramón Vicente Modesto Caballero dictó Resolución en fecha 9 de febrero de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

V

Doña, como administradora solidaria de la sociedad (sic), por escrito de fecha 3 de marzo de 2015, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Burgos, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos, añadiendo que la Junta General de socios reunida el día 27 de febrero de 2015 ha aprobado la liquidación de la sociedad por lo que la función del auditor decae al no existir, a partir de la entrada en vigor de la liquidación, otras cuentas que las formuladas en el balance final de liquidación cuyo resultado ha sido fiscalizado, censurado y aprobado por la Junta General citada.

VI

Notificado el solicitante del escrito de recurso presenta escrito de alegaciones de fecha 30 de marzo en el que insiste en el derecho de su representado y en el hecho de que hasta que se produzca la efectiva extinción de la sociedad prevalece el derecho reconocido en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. El recurso no puede prosperar. Esta Dirección ha reiterado que 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, 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 y 25, 28 y 30 de julio y 5 de agosto de 2014 entre otras).

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Burgos, don Ramón Vicente Modesto Caballero de fecha 9 de febrero de 2015.

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

Madrid, 27 de abril de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador Mercantil de Burgos.

Resolución de 4 de mayo de 2015 (1.ª)

En el expediente 5/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de don, socio de la sociedad «Real Club Deportivo de la Coruña, S.A.D.».

HECHOS

I

Don, presentó una escrito de fecha 24 de noviembre de 2014, dirigido al Registro Mercantil de la Coruña con entrada en dicho Registro Mercantil el 25 de noviembre de 2014, en el que declara que el ejercicio social de la sociedad correspondiente a la temporada 2013 /2014 había terminado el pasado día 30 de junio de 2014 sin que por la Junta General se hubiese aprobado nombramiento de auditor por lo que solicitó, al amparo del artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como socio de la sociedad «Real Club Deportivo de la Coruña, S.A.D.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio social 2013 /2014.

II

Don, como apoderado de la sociedad presenta escrito de oposición al nombramiento de auditor de cuentas a solicitud del socio alegando:

1. Que con fecha de 11 de marzo de 2013 el Juzgado de lo Mercantil número 2 de la Coruña dictó Auto por el cual se dispuso la revocación del auditor de cuentas de la sociedad.

2. Que con fecha de 24 de abril de 2013 se dictó Auto por el mismo Juzgado por el cual se dispuso el nombramiento de «Auren Auditores LCG, S.L.», como nuevo auditor de cuentas de la sociedad.

3. Que el anterior Consejo de Administración de la sociedad fue suspendido por mandato judicial de la facultad de formulación en cuentas en virtud de Auto de fecha 11 de diciembre de 2013.

4. Que como consecuencia de lo anterior y ante el rechazo de las Cuentas por parte de la Junta General, tuvieron que ser reformuladas por parte de la Administración Concursal de la sociedad.

5. Que todos los administradores que conformaban el anterior Consejo de Administración fueron cesados en la Junta General Extraordinaria celebrada el 21 de enero de 2014.

6. Que el actual Consejo de Administración decidió desde el comienzo de su mandato continuar contando con «Auren Auditores LCG, S.L.», y consecuentemente realizó una renovación tácita de su nombramiento.

7. Que dicha prórroga fue recogida en el Acta de la reunión del Consejo de Administración de la Sociedad celebrada el pasado 27 de enero de 2014.

8. Que la sociedad «Auren Auditores LCG, S.L.», continuó realizando sus trabajos de auditoría.

9. Que la sociedad «Real Club Deportivo de la Coruña» es una sociedad de muy fuerte presencia en la Comunidad Autónoma Gallega debido a su actividad y objeto social.

10. Que los únicos dueños del «Real Club Deportivo de la Coruña, S.A.D.», son sus accionistas actuales, ninguno de los cuales ejerce el control social.

11. Que para mayor transparencia el Consejo de Administración incluyó un punto específico en la Junta General Ordinaria y Extraordinaria de accionistas de los días 24 y 25 de noviembre de 2014, concretamente el punto 7 del orden del día.

12. Que la Junta General fue convocada mediante anuncios publicados el día 22 de octubre de 2014 en el Diario La Voz de Galicia y en el Boletín Oficial del Registro Mercantil.

13. Que desde el momento de la propia convocatoria se puso a disposición de los accionistas los informes de auditoría de los ejercicios 2013 y 2014.

14. Que también se puso a disposición una propuesta de acuerdos que realiza el Consejo de Administración sobre todos los puntos integrantes del orden del día, incluido el número 7 relativo al nombramiento de auditor.

15. Que la Junta fue celebrada el martes 25 de noviembre de 2014.

16. Que el capital presente o representado de 2.631.478,50 euros.

17. Que por lo tanto estuvo presente o representado el 33.60170 % de la sociedad.

18. Que la Junta General con el voto favorable del 95,84 % de los votos acordó el nombramiento de la sociedad «Auren Auditores LCG, S.L.», como auditor de cuentas para los ejercicios 2013 a 2016.

19. Que la citada sociedad ha aceptado el encargo y ha sido presentado en el Registro Mercantil.

20. Que el accionista solicitante actúa con manifiesta mala fe y pretende únicamente obstaculizar el normal funcionamiento de la Entidad una vez cesado como asesor jurídico de la misma.

21. Que el cese y el nombramiento de auditor de cuentas se realizaron cuando el solicitante ostentaba todavía la condición de asesor jurídico del Club.

22. Que las reclamaciones judiciales y extrajudiciales realizadas por el solicitante fueron objeto de un específico punto del orden del día de la Junta General, concretamente el punto 8.3.

Se acompañan, entre otros documentos, el auto de 24 de abril de 2013 del que resulta el nombramiento de Auren Auditores para la realización de la auditoría, el certificado expedido por el secretario del consejo de administración del que resulta que en la reunión del consejo de fecha 27 de enero de 2014, se acordó por unanimidad la prórroga tácita del contrato de auditoría vigente con Auren Auditores para los ejercicios 2013, 2014 y 2015. Los informes de auditoría correspondientes a los ejercicios 2013 y 2014 (fechado este último el día 17 de octubre de 2014), finalizados ambos los respectivos días 30 de junio. Certificación del acta de la Junta de socios celebrada el día 25 de noviembre de 2014 de la que resulta la probación del acuerdo de ratificación de la renovación tácita ya producida.

III

La Registradora Mercantil de la Coruña dictó Resolución en fecha 15 de diciembre de 2014 por la que acordó inadmitir la oposición por considerar que el consejo carecía de competencia para adoptar el acuerdo de prórroga, porque el acuerdo de la Junta es posterior a la fecha del cierre del ejercicio, porque tratándose de una designación judicial no cabe prórroga y porque la aceptación de la entidad Auren, según el escrito presentado, fue realizada el día 1 de diciembre de 2014 finalizado el ejercicio social.

IV

Con fecha 13 de enero de 2015 don presentó un escrito en el Registro Mercantil de la Coruña, en el que tuvo entrada el 14 de enero de 2015, mediante el cual interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en el que además de lo anteriormente expuesto alegó lo siguiente:

1. Falta de adecuación a derecho y desconsideración de la voluntad social del «Real Club Deportivo de la Coruña, S.A.D.», por la Registradora. Habiendo sido dictada además la Resolución fuera del plazo de los 5 días establecido en el artículo 354.3 del Reglamento del Registro Mercantil.
2. Cronología relativa a la contratación y nombramiento de auditor de cuentas de la sociedad.
3. Objetiva y pacífica existencia de un contrato con el auditor de cuentas, contratado inicialmente y prorrogado posteriormente.
4. La regulación de la Ley de Auditoría de Cuentas en materia de contratación de auditores y de las sucesivas contrataciones de auditor realizadas por la sociedad.
5. Realidad de la contratación de Auren como auditor de la sociedad.
6. De las decisiones adoptadas por la voluntad social en Junta General de accionistas celebrada el 25 de noviembre de 2014
7. De las peculiaridades de la sociedad Real Club Deportivo de la Coruña, S.A.D.
8. De la mala fe del solicitante y el conflicto de interés.
9. Inexistencia de perjuicio alguno frente a terceros con el mantenimiento del actual auditor de la sociedad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 90 y 91 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, la Ley de Auditoría de cuentas y su Reglamento de desarrollo así como las resoluciones citadas en el texto.

1. Procede la estimación del recurso en atención a las circunstancias puestas de manifiesto en la documentación que se ha incorporado al expediente. El núcleo de la cuestión hace referencia a la valoración jurídica que ha de merecer el hecho de que nombrado un auditor por designación judicial para la verificación de las cuentas del ejercicio 2012 finalizado el día 30 de junio de 2013, el consejo de administración de la sociedad, que está obligada a verificación contable, acordó en su reunión de fecha 27 de enero de 2014, prorrogar su mandato para los tres ejercicios siguientes. El acuerdo hace referencia expresa a que se trata de una prórroga tácita del contrato vigente. El consejo eleva la decisión a la Junta General que se celebra el día 25 de noviembre de 2014, meses después de cerrado el ejercicio. Se pone a disposición de la Junta el informe de verificación de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio cerrado el día 30 de junio de 2014 fechado el día 14 de octubre.

Con carácter previo al análisis de la cuestión de fondo es importante destacar que el objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que el artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital prevé para que se acuerde la pertinencia de nombramiento de auditor a instancia de un socio cuando no se ha nombrado tempestivamente por la sociedad. La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la Constitución Española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y resoluciones de este Centro de 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010, entre otras).

2. Así las cosas, la primera cuestión a analizar es la relativa a la competencia del consejo de administración para adoptar el acuerdo de prórroga del contrato con la sociedad auditora. Cuando la sociedad obligada a la verificación contable ha llevado a cabo el nombramiento de auditor en la forma determinada en el artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital, finalizado el periodo para el que el auditor fue nombrado su cargo decae (*vide* art. 19 de la Ley de Auditoría). Si la sociedad que continúa estando obligada a verificación desea nombrar de nuevo al mismo auditor debe hacerlo expresamente. Así lo afirma el artículo 52.1 del reglamento de auditoría (en relación al artículo 19 de la Ley citado): «Una vez ha finalizado el período por el que fueron contratados los auditores de cuentas y las sociedades de auditoría para realizar la

auditoría de cuentas, podrán ser prorrogados expresamente, incluso de forma sucesiva, por períodos máximos de hasta tres años».

No obstante lo anterior, el propio precepto de la Ley de Auditoría establece empero que: «Si a la finalización del período de contratación inicial o de prórroga del mismo, ni el auditor de cuentas o la sociedad de auditoría ni la entidad auditada manifestaren su voluntad en contrario, el contrato quedará tácitamente prorrogado por un plazo de tres años».

Dispone el número 2 del artículo 52 del reglamento de auditoría lo siguiente: «2. Para que el contrato de auditoría quede tácitamente prorrogado por un plazo de tres años, el auditor de cuentas o sociedad de auditoría y la entidad auditada no deberán manifestar su voluntad en contrario antes de que finalice el último ejercicio por el que fueron inicialmente contratados o anteriormente prorrogados, sin perjuicio de la información de dicha prórroga en la Junta General de socios. Lo anterior no exime del deber de comunicar tal hecho en el Registro Mercantil correspondiente al domicilio social de la entidad auditada, mediante acuerdo o certificado suscrito por quien tenga competencia legal o estatutaria en la entidad auditada, en un plazo que no podrá ir más allá de la fecha en que se presenten para su depósito las cuentas anuales auditadas correspondientes al último ejercicio del período contratado».

De la regulación expuesta resulta con toda claridad que no es preciso, para que se produzca la prórroga del contrato, un acuerdo de la Junta General pues basta que sea notificada del hecho de la existencia de prórroga producida por la falta de declaración de voluntad en contrario; declaración en contrario que en el ámbito de las sociedades de capital, correspondería al órgano de administración ya por vía expresa como por vía tácita (convocatoria de la Junta para la realización del nuevo nombramiento al que se refiere el artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital). Consecuentemente entra dentro del ámbito de las competencias de gestión del órgano de administración el acuerdo expreso de prórroga del nombramiento del auditor previamente elegido por la Junta General.

3. Procede a continuación determinar si este estado de cosas debe verse alterado por el hecho de que la designación de auditor se haya realizado mediante auto del Juez en el procedimiento correspondiente. La respuesta es negativa. Y no solo porque el artículo 19 de la Ley de Auditoría no distingue al respecto sino porque con independencia de que la designación haya sido judicial, las partes están obligadas a suscribir el pertinente contrato de auditoría que ha de contener, como mínimo: «la identificación de las cuentas anuales objeto de auditoría y los aspectos relevantes del trabajo de auditoría a realizar, referidos al período de contratación, los honorarios, finalidad o razón por la que se realiza el encargo y plazo de entrega del informe de auditoría» (*vide* art. 8 del Reglamento). En consecuencia no puede darse al hecho de que la designación del auditor haya sido judicial la trascendencia que se pretende. Lo relevante no es esta circunstancia, sino el hecho de que una vez contratado

el servicio y finalizado el ejercicio, se produce la prórroga tácita si concurren los requisitos establecidos en la Ley.

4. Las anteriores consideraciones todavía no resuelven la cuestión enteramente pues es preciso determinar cuáles son los efectos de la prórroga tácita frente a terceros, incluido el Registro Mercantil. De la regulación legal (art. 19 de la Ley de Auditoría), y reglamentaria (art. 52), resulta con toda claridad que para que exista prórroga tácita es preciso que no conste voluntad en contrario de ninguna de las partes antes de que finalice el último ejercicio; este mero hecho produce el efecto legal de la prórroga. Ahora bien para que dicha circunstancia sea oponible es preciso que se haga constar en el Registro Mercantil dentro del plazo establecido. De otro modo el nombramiento o prórroga tácita sería clandestino, incluso para el registrador mercantil que hubiera de proceder al depósito de las cuentas de los ejercicios sucesivos. El propio reglamento establece un plazo para que la sociedad obligada haga constar la prórroga, plazo que no puede exceder de la fecha en que se presenten para su depósito las cuentas del último ejercicio contratado y, lógicamente, auditado.

La norma no prevé cual será el plazo para presentar en el Registro Mercantil la prórroga del nombramiento de auditor cuando no se produzca el depósito de las cuentas anuales del último ejercicio contratado, pero dado que la Ley si dispone un plazo para llevar a cabo este depósito, plazo que no puede exceder de siete meses desde que se haya cerrado el último ejercicio (arts. 164, 272 y 279 de la Ley de Sociedades de Capital), resulta con claridad que la sociedad dispone de dicho plazo para presentar el documento de prórroga a que se refiere el precepto. Resulta igualmente claro que el plazo no puede subordinarse al hecho de que efectivamente se haya llevado a cabo el depósito de las cuentas pues llevaría a la imposible conclusión de que el cumplimiento del plazo dependería de la actuación del obligado en perjuicio, por ejemplo, del derecho a solicitar que se haga la designación por auditor designado por el registrador mercantil ex artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital. De entenderse de otra manera, se dejaría en situación de pendencia permanente el derecho a solicitar el nombramiento cuando la sociedad no lo haya llevado a cabo ni haya presentado las cuentas a depósito.

5. En el supuesto de hecho al que se refiere este expediente, la comunicación al Registro Mercantil del hecho de que existía una prórroga del contrato de auditoría celebrado para el ejercicio finalizado el día 30 de junio de 2013 no se ha llevado a cabo hasta mucho después; en concreto hasta el día 5 de diciembre de 2014 mediante la presentación en el Registro Mercantil de la documentación pertinente.

Finalizado el ejercicio a auditar el día señalado, 30 de junio de 2013, el depósito de las cuentas anuales del ejercicio 2012 debía haberse presentado, como tarde, el día 31 de enero de 2014, fecha en la que se consumó el plazo para la aprobación de las cuentas (art. 164 de la Ley de Sociedades de Capital) y para su posterior depósito (279 de la propia Ley).

Ahora bien, con independencia de esta circunstancia, lo relevante a los efectos de este expediente es que la prórroga se produjo dentro del plazo establecido en la Ley de Auditoría y que, en consecuencia, no existe legitimación del socio para solicitar el nombramiento de auditor por parte del registrador mercantil.

El artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital dispone lo siguiente: «1. Cuando la junta general no hubiera nombrado al auditor antes de que finalice el ejercicio a auditar, debiendo hacerlo, o la persona nombrada no acepten 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, de acuerdo con lo dispuesto en el Reglamento del Registro Mercantil».

De donde resulta indiscutiblemente que si se acredita debidamente que la sociedad procedió al nombramiento dentro del plazo establecido, no existe posibilidad de nombramiento por el registrador mercantil. El mismo razonamiento es aplicable al supuesto de prórroga tácita previsto en el artículo 19 de la Ley de Auditoría.

Es cierto que en el presente supuesto la sociedad no ha verificado la comunicación al registrador mercantil hasta mucho después de agotado el plazo pero no lo es menos que dicha circunstancia carece de relevancia en el presente expediente. Téngase en cuenta que aunque la prórroga sea comunicada extemporáneamente no se ha producido un nombramiento e inscripción por parte del registrador mercantil y no existe en consecuencia tercero protegido por los principios registrales cuya posición jurídica deba ser amparada frente a una prórroga no inscrita (art. 21 del Código de Comercio). Como se ha puesto de manifiesto más arriba, solo en el supuesto en el que haya surgido un tercero inscrito decae la prórroga no comunicada tempestivamente al Registro Mercantil, circunstancia que ahora no se produce (confróntese con el supuesto de hecho de la recentísima resolución de 17 de abril de 2015). A lo anterior hay que unir el hecho de que el informe de auditoría está realizado y ha sido presentado a la Junta General de la que se solicitó la aprobación de las cuentas anuales. Pretender en este contexto que se nombre un nuevo auditor no solo es jurídicamente insostenible como queda acreditado sino además es económicamente injustificable sin que por ello se satisfaga interés protegible alguno distinto del ya cubierto con la actuación del auditor (*vide* sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2007).

Apreciado el motivo de recurso resulta innecesario llevar a cabo pronunciamiento alguno sobre el resto de cuestiones planteadas en el escrito del recurrente.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la resolución de la Registradora Mercantil de La Coruña doña María Rosa Rebollo González de fecha 15 de diciembre de 2014.

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

Madrid, 4 de mayo de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.–Sr. Registrador Mercantil. Sra. Registradora Mercantil de La Coruña.

Resolución de 4 de mayo de 2015 (2.ª)

En el expediente 11/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de don, como socio minoritario de «Soluciones Para la Prevención de Riesgos Laborales, S.L.».

HECHOS

I

Don, presentó una escrito de fecha 2 de enero de 2015, dirigida al Registro Mercantil de Valencia, con entrada en dicho Registro Mercantil el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Soluciones Para la Prevención de Riesgos Laborales, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio por medio de su administrador único don alegando:

1. Que la sociedad no está obligada a la verificación contable.
2. Que el solicitante fue administrador solidario hasta el día 13 de febrero de 2012
3. Que desde el 13 de febrero de 2012, la mercantil cuenta con un nuevo administrador único.
4. Que la sociedad procedió al nombramiento de auditor para la verificación contable de los ejercicios 2011 a 2013.
5. Que la sociedad ha realizado un esfuerzo económico para la contratación del auditor, lo que ha conllevado la imposibilidad de pago de los honorarios del auditor.
6. Que la solicitud atiende a motivos personales del promovente, y que la misma se trata de una petición temeraria al haberse formulado el primer día del año.

III

El Registrador Mercantil 5 de Valencia dictó Resolución en fecha 4 de febrero de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Con fecha 20 de febrero de 2015, don, presentó un escrito en el Registro Mercantil número 5 de Valencia, en el que tuvo entrada el mismo día, mediante el cual interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos y añadiendo la falta de legitimación del solicitante, don, que no ostenta ninguna participación social en la sociedad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 90 y 91 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil. y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado 24 de septiembre de 1993, las de 6 de junio, 4 de octubre, 23 y 26 de noviembre de 2005, 11 y 19 de junio de 2007, 6 de febrero de 2013 y, como más recientes las de 29 y 30 de julio de 2014.

1. Respecto a las causas de oposición basadas en que la sociedad no está obligada a la verificación contable, así como que verificó las cuentas de los años 2011 a 2013, este Centro Directivo recuerda que el derecho del socio minoritario a solicitar auditoría de cuentas es un derecho que se le reconoce a todo socio que reúna los requisitos de capital, en forma y plazo recogido en la Ley de Sociedades de Capital y en el Reglamento del Registro Mercantil. Este derecho puede ejercitarse anualmente, siendo así un derecho reiterable, sin que el ejercicio del mismo en años anteriores condicione su futuro ejercicio.

2. Tampoco puede prosperar la alegación que cuestiona la buena fe del solicitante, por el hecho de entender necesaria la auditoría, en contra de la opinión mayoritaria de la sociedad, dado que este Centro Directivo ha mantenido que el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar dichas motivaciones, ya que, si bien es cierto que éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (*cf.* arts. 6 y 7 del Código Civil), también lo es que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a

la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

3. Por lo que se refiere a los costes de la auditoría que la sociedad entiende son innecesarios, se ha de señalar que el legislador ha dispuesto con carácter taxativo y sin que quepa margen interpretativo alguno, que los costes que la auditoría comporta corren siempre de cuentas de la sociedad, sin perjuicio de la situación económica en que se encuentre.

4. Respecto a la alegación consistente en que don, no ostenta ninguna participación social en la sociedad, del expediente analizado resulta que el solicitante fue don conforme a copia de la solicitud adjuntada en el presente procedimiento. Cuestión distinta es que la presentación de la instancia haya sido llevada a cabo por un tercero en nombre de aquél. Dado que el artículo 265.2 solo exige ostentar la condición de socio a quien ostenta el interés legítimo, es totalmente irrelevante que quien actúa en nombre del socio legitimado carezca de aquella condición.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil número V de Valencia de fecha 4 de febrero de 2015.

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

Madrid, 4 de mayo de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.–Sr. Registrador Mercantil. Sr. Registrador Mercantil núm. V de Valencia.

Resolución de 5 de mayo de 2015 (1.ª)

En el expediente 32/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de la administración de «Herrero & Asociados, S.L.».

HECHOS

I

Don, como administrador solidario de la sociedad «Herrero & Asociados, S.L.», presentó un escrito dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el

día 5 de febrero de 2015, en el que manifiesta: 1.º Que la Junta General de la sociedad había acordado en su reunión de 15 de enero de 2015 la exclusión de cuatro socios. 2.º Que igualmente acordó en la misma reunión solicitar del registrador mercantil la designación de auditor para determinar el valor razonable de las participaciones sociales a fin de abonar a los socios excluidos su importe. Que solicita la designación de auditor de cuentas para que con cargo a la sociedad se designe para determinar el valor razonable de las participaciones sociales de conformidad con el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y artículos 351 y siguientes y 363 del Reglamento del Registro Mercantil.

El día 20 de febrero de 2015 se presenta escrito complementario del anterior en el que consta una relación de socios, con su domicilio y relación de participaciones de que son titulares. Se manifiesta expresamente que no se ha llegado con los socios afectados a un acuerdo de valoración de las participaciones.

II

Notificados los cuatro socios objeto del acuerdo de exclusión, presentan un escrito conjunto que tiene su entrada en el Registro Mercantil de Madrid el día 4 de marzo de 2015 en el que exponen: 1.º Que el acuerdo previsto en el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital existe por cuanto el artículo 9 de los estatutos de la sociedad determina cual es el valor razonable aplicable a las participaciones del socio excluido. 2.º Que de acuerdo a la doctrina de esta Dirección General una cláusula semejante es susceptible de inscripción. 3.º Que los socios excluidos no han mostrado su disconformidad con la previsión estatutaria habiéndose opuesto expresamente al acuerdo de la Junta General relativo al nombramiento de auditor. El artículo 9 de los estatutos solo confiere a los socios excluidos (y no a la sociedad), el derecho a instar el nombramiento de experto independiente, derecho que no han ejercitado.

III

De los estatutos sociales inscritos de la sociedad resulta lo siguiente: «Artículo 8.- Obligación de transmitir las participaciones sociales. 8.1 Todo socio y en su caso, sus derecho habientes estarán obligados a transmitir sus participaciones sociales, de acuerdo con lo que se establece en el artículo 9, en los casos siguientes: ...Expulsión de la sociedad.

Artículo 9. Régimen de transmisiones...En el supuesto de incapacidad permanente, jubilación, propia voluntad y expulsión de la sociedad, el órgano de administración de la sociedad convocará Junta General en el plazo máximo de 30 días hábiles a contar desde que tenga conocimiento del hecho determinante de la pérdida de la condición de socio... La junta General decidirá a quienes deben transmitirse las participaciones ofertadas...La cuantía de la compensación económica resultará de atribuir un valor total a la sociedad equivalente a la suma de los beneficios habidos en la sociedad durante los 5 ejercicios cerrados con anterioridad a la fecha en que se produzca el hecho determinante de la condición de socio. Ello sin perjuicio del derecho del socio afectado a que la compensación sea la que resulte del valor real determinado por auditor, de acuerdo con lo previsto en el artículo 29 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada».

IV

El registrador mercantil de Madrid núm. II, don, dictó Resolución en fecha 11 de marzo de 2015 por la que acordó admitir la oposición y rechazar el nombramiento del auditor solicitado en base a la previsión del artículo 9 de los estatutos sociales que consta debidamente inscrito en el folio correspondiente de la sociedad.

V

Don, como administrador solidario de la sociedad «Herrero & Asociados, S.L.», por escrito que tuvo entrada el día 26 de marzo de 2015 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 función del registrador mercantil en un expediente de esta naturaleza se limita a determinar si concurren o no los requisitos del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital citando en su apoyo el auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 16 de enero de 2008. Que el registrador no explica por qué aplicó el artículo 354.1 del Reglamento del Registro Mercantil al supuesto de hecho cuando este solo contempla la notificación a la sociedad siendo además su contenido incompatible pues la oposición está reglamentariamente tasada. Que de lo anterior resulta la indefensión de la sociedad que representa. 2.º Que la fundamentación jurídica de la decisión del registrador cita resoluciones de fechas anteriores a la entrada en vigor de la Ley de Sociedades de Capital; que respecto a las posteriores no tienen relación con el caso. Que no ha tenido en cuenta el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital. Que este precepto se aplica «a falta de acuerdo» entre la sociedad y el socio. Que de todo lo anterior resulta que el único precepto aplicable es el citado artículo 353 cuya aplicación no viene condicionada por las previsiones estatutarias como en el caso del régimen general de transmisión de participaciones o acciones. Que determinada la aplicación del precepto, se trata de determinar si la previsión estatutaria puede ser considerada como «valor razonable» a los efectos de dicho artículo lo que obviamente no es así pues no podrá ser considerado como razonable el valor atendiendo a los beneficios de los últimos cinco ejercicios cuando es a partir de dicho momento cuando la sociedad tiene que arrastrar una pérdida de clientela; en definitiva que no puede en ningún caso considerarse valor razonable el resultante de la valoración contenida en el artículo 9 de los estatutos. 3.º Que la referencia al artículo 9 de los estatutos no es procedente porque regula con carácter general el régimen de transmisión en la forma determinada por la Ley lo que reconduce de nuevo al artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital. Que la valoración de las participaciones afecta tanto al socio a transmisario como al transmitente. Que la remisión que hace el artículo 9 de los estatutos hay que entenderla referida hoy en día no al artículo 107 de la Ley de Sociedades de Capital sino a su artículo 353. Que en cualquier caso el artículo 9 de los estatutos no puede prevalecer sobre la regulación legal del artículo 353 por ser esta fruto de la reforma y de carácter especial. 4.º Que como corolario se impugna la resolución del registrador porque: a) no explica por qué aplica el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil a un caso distinto del allí contemplado. b) desnaturaliza el expediente porque no aplica el precepto, artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital, que es de necesaria aplicación con el agravante de hacerlo inaudita parte. c) la motivación del acuerdo es prácticamente inexistente y sus fundamentos nada tienen que ver con el supuesto. d) la resolución se basa en una interpretación inadecuada de un precepto estatutario.

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

1. El recurrente en su extenso escrito de recurso, cuyo agresivo lenguaje bordea los límites de la estricta defensa, impugna la resolución del registrador mercantil de Madrid en base a los argumentos que del mismo resultan y que serán objeto de atención más adelante.

Con carácter previo es preciso determinar cuál es el objeto de este expediente así como dar cumplida respuesta a la alegación de indefensión que manifiesta el recurrente.

En relación a la primera cuestión, el objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital prevé para que se acuerde la pertinencia del nombramiento de auditor para los supuestos en él contemplados (a los que el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil asimila otros). La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento 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 muchas).

Consecuentemente, no se llevará a cabo ningún pronunciamiento en relación a las cuestiones planteadas por la parte en este expediente y que son ajenas a su naturaleza y objeto; señaladamente la valoración de validez o nulidad de una cláusula estatutaria que consta inscrita en el Registro Mercantil y que, en consecuencia, se presume exacta y válida y se halla bajo la salvaguarda de los Tribunales mientras no se inscriba la declaración judicial de su invalidez o inexactitud (art. 20 del Código de Comercio).

Por lo que se refiere a la reclamación de indefensión a que hace referencia el escrito de recurso, se basa la afirmación en la aplicación que lleva a cabo el registrador mercantil de la previsión del artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil que, a juicio del recurrente, solo contempla la notificación a la sociedad y no, como en el caso presente, a los socios afectados por el acuerdo de exclusión. También afirma el recurrente que la resolución se dicta inaudita parte al no haber recibido traslado del escrito de oposición de los socios excluidos.

La afirmación del recurrente de que la actuación del registrador mercantil le ha generado indefensión es insostenible. Como resulta del 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». El propio Reglamento del Registro Mercantil se remite en esta concreta materia al régimen general que para el nombramiento de auditores contiene la sección segunda del capítulo segundo del Título Tercero. Lógicamente en el transcurso del procedimiento el obligado a instruirlo, el registrador en tanto autoridad designada legalmente para ello, precisará hacer las adaptaciones necesarias al supuesto en función de los intereses presentes y susceptibles de protección de conformidad con los principios del procedimiento administrativo, singularmente con el que proclama el derecho de todo interesado a intervenir en cualquier procedimiento cuyo resultado pueda afectarle (arts. 31 y 35 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre). En el supuesto de hecho, ante la solicitud de la sociedad amparada en el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital, el registrador ha obrado correctamente al interpretar el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil en el sentido de proporcionar a la parte que podía resultar afectada la posibilidad de intervenir en el procedimiento haciendo las alegaciones que ha considerado oportunas (*vide* art. 79 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre); de otro modo, sino hubiera actuado de esta forma, habría dejado en situación de indefensión a los socios excluidos por acuerdo de la Junta por cuanto la resolución sobre nombramiento de auditor para la valoración de sus participaciones es cuestión que evidentemente les afecta.

Tampoco es aceptable la afirmación de que la resolución del registrador ha sido dictada inaudita parte al no dar traslado del escrito de oposición de los socios excluidos. La mera afirmación sorprende pues el expediente se ha iniciado por la propia sociedad recurrente mediante escrito en el que ha alegado lo que ha tenido por conveniente y en el que el registrador, tras tener en cuenta las alegaciones de la otra parte, ha resuelto lo que ha considerado procedente. La mera existencia de este procedimiento de recurso es prueba palpable de que la parte ha ejercido su derecho de defensa. La aplicación por el registrador de una norma estatutaria de la propia sociedad no puede constituir motivo de alegación de indefensión (*vide* art. 89 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre y considerandos posteriores).

Como ha afirmado esta Dirección en múltiples ocasiones (*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 y en otros preceptos de la misma Ley, 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 con-

tienda u oposición de intereses entre partes, 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 del nombramiento solicitado no tiene el carácter de calificación registral, sino que es un acuerdo adoptado por quien en este procedimiento regulado en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil es la autoridad pública competente para resolver la solicitud (Resoluciones de 13 de enero de 2011 y 10 de julio de 2013). En definitiva, y como ha mantenido reiteradamente esta Dirección General, la actuación del registrador viene amparada por la atribución competencial que lleva a cabo la Ley de Sociedades de Capital y que desarrolla el Reglamento del Registro Mercantil para resolver, en el ámbito del procedimiento especial por razón de la materia jurídico privada que el mismo regula, la pretensión de nombramiento sin perjuicio de la revisión jurisdiccional del acto administrativo que del procedimiento resulte.

El recurrente entiende que la resolución impugnada carece de la motivación necesaria siendo sus fundamentos incompatibles con el contenido del expediente. Tampoco esta alegación del recurrente puede ser mantenida por esta Dirección por cuanto de la resolución impugnada resulta con absoluta claridad cuál es el fundamento último de la decisión adoptada (el contenido de los estatutos sociales, que en la parte relevante se transcriben), así como las bases jurídicas sobre las que se asienta. El hecho de que la cita del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital se lleve a cabo en el cuerpo de la resolución y no en los vistos es de una irrelevancia absoluta pues en cualquier caso resulta que el registrador ha tenido la norma en cuenta para dictar su resolución. Por otro lado, es evidente que la cita de resoluciones anteriores a la entrada en vigor de la Ley de Sociedades de Capital es perfectamente válida si con ella se fundamentan los principios en que se basa la resolución (el argumento llevaría al absurdo de que no cabría la cita de jurisprudencia anterior a la norma que en cada caso se discuta). Tampoco es relevante que, a juicio del recurrente, las resoluciones citadas no apoyen suficientemente la fundamentación de la resolución impugnada; lo trascendente dentro del procedimiento es que la resolución explica adecuadamente el porqué de la solución adoptada y que el recurrente ha dispuesto de los medios legales necesarios, como es este expediente de recurso, para sostener lo contrario. Precisamente constituye, como queda dicho, el objeto de este expediente la determinación de si la decisión del registrador es o no conforme a Derecho.

2. Centrado así el contenido a que ha de referirse esta resolución, el recurrente sostiene en esencia que el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital se impone frente a la norma estatutaria transcrita por lo que procede en cualquier caso el nombramiento de auditor.

La correcta respuesta a esta cuestión impone analizar dos cuestiones íntimamente conectadas y que hacen referencia al alcance del contenido del

artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital y al valor jurídico que ha de tener la cláusula estatutaria que determina el parámetro que ha de servir para la realización de la valoración de las participaciones en caso de acuerdo de exclusión.

Por lo que se refiere a la primera cuestión es doctrina de esta Dirección General (Resoluciones de 25 de julio de 2014 y de 21 de enero de 2015), que el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital salvaguarda debidamente tanto los derechos de la sociedad como los derechos individuales del socio que se separa o es excluido reconociendo que su consentimiento es preciso para la determinación del valor razonable, para la designación de la persona que haya de determinarlo y para la fijación del procedimiento a seguir. Si por cualquier motivo el socio que se separa o es excluido (o la sociedad de la que se separa o le excluye), no consiente en el valor, en la persona o en el método de valoración, el ordenamiento le reconoce la facultad de solicitud de auditor distinto del de la sociedad para llevar a cabo esa tarea, garantizando así, no solo respecto del socio sino respecto de la sociedad, la debida igualdad entre las partes.

Consecuentemente no puede aceptarse la afirmación de que no procede el nombramiento de auditor pues el mero hecho de la solicitud demuestra la existencia de un conflicto al respecto y ampara la pretensión de la sociedad. En cualquier caso no es tan trascendente la acreditación de la existencia de un conflicto al respecto como la expresión de la voluntad (en este caso de la sociedad), de que la determinación del valor real sea llevado a cabo por un auditor, auditor que ha de ser además, distinto del que lo sea de la sociedad tal y como reconoce el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital. Es cierto que el artículo 9 de los estatutos solo hace referencia al derecho de los socios cuyas participaciones van a ser objeto de transmisión al nombramiento de auditor, pero como resulta de las consideraciones anteriores es indiscutible que el régimen legal ampara también en este punto a la propia sociedad.

Procede en consecuencia y respecto de este punto, la estimación del recurso.

3. Cuestión distinta y de gran trascendencia pues constituye el núcleo del conflicto es la relativa al procedimiento para obtener el valor real de las participaciones de los socios excluidos. Como se afirma más arriba y resulta del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital el conflicto entre las partes puede tener por objeto la determinación del valor real de las participaciones sociales, la persona que deba llevar a cabo la valoración o el procedimiento de valoración. En cualquiera de los tres supuestos la Ley ampara a las partes en conflicto lo que no implica que siempre y en cualquier caso la solución del conflicto deba abarcar los tres aspectos. Esta puntualización es trascendente en el supuesto que nos ocupa y en él reside la cuestión esencial.

La sociedad recurrente entiende que el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital debe ser aplicado en toda su extensión por lo que solicitado el nombramiento de auditor para la valoración de las participaciones sociales su actuación debe comprender todos los actos precisos para cumplir su labor en

función del procedimiento de valoración que el propio auditor estime oportuno.

Esta afirmación no puede sostenerse. Si las partes han determinado en los estatutos para el supuesto de hecho de exclusión de socios cual ha de ser el procedimiento de valoración, las partes están vinculadas por su contenido.

No cabe afirmar, como hace el escrito de recurso, que el contenido del artículo 353 se impone a una previsión estatutaria debidamente inscrita en el Registro Mercantil. La sociedad está sujeta al cumplimiento de las previsiones de los estatutos sociales. Esta Dirección General ha recordado en numerosas ocasiones (por todas resoluciones de 23 de julio de 2014 en sede de recursos contra la calificación de los registradores), que como resulta del artículo 23 de la Ley de Sociedades de Capital, los estatutos «que han de regir el funcionamiento de las sociedades de capital» contienen un conjunto de reglas que tienen un carácter normativo para la propia sociedad de modo que vincula a sus órganos, a los socios que la integran e incluso a terceros (vid. Resolución de 26 de noviembre de 2004). El texto legal, idéntico en su dicción a su antecedente el artículo 9 de la Ley de Sociedades Anónimas y al antecedente de éste, el artículo 11 de la Ley de 1951, determina en definitiva que todo acto social debe acomodarse a las exigencias derivadas de las normas establecidas en los estatutos. El incumplimiento por la junta del mandato contenido en los estatutos deriva en la antijuridicidad de lo acordado y abre la vía impugnatoria (art. 204 de la Ley).

El carácter normativo de los estatutos y su imperatividad ha sido puesta de manifiesto por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo en diversas ocasiones en clásicas decisiones de 1958 y 1961 confirmadas por otras posteriores (vid. Sentencia de 30 de enero de 2001). Este Centro Directivo por su parte ha tenido igualmente ocasión de poner de manifiesto el hecho de que los estatutos son la norma orgánica a la que debe sujetarse la vida corporativa de la sociedad durante toda su existencia, siendo su finalidad fundamental la de establecer las reglas necesarias para el funcionamiento corporativo de la sociedad. En este sentido se ha dicho que los estatutos son la «carta magna» o régimen constitucional y de funcionamiento de la sociedad (vid. Resolución de 16 de febrero de 2013), que afecta a la sociedad como corporación, y cuya finalidad es regular dicho funcionamiento interno, con preferencia sobre las normas legales no imperativas o dispositivas. En definitiva, constituyen, como ha afirmado en alguna ocasión el Tribunal Supremo, «la ley primordial del régimen» de las sociedades (vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1961).

Por ello, como ha afirmado esta Dirección General en Resolución de 16 de febrero de 2013, sin desconocer su origen y carácter contractual, puede decirse que los estatutos, sin ser verdadero derecho objetivo, constituyen derecho interno de la corporación.

Tampoco cabe afirmar que el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital ha derogado, al introducir un régimen legal incompatible con el ante-

rior, el precepto estatutario objeto de discusión. El artículo 353 tiene su antecedente en el artículo 100 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada cuyo contenido, sustancialmente idéntico a aquel y al artículo 354, impide entender que se dan las circunstancias para entender derogado un artículo de los estatutos por resultar incompatible con el régimen legal vigente (*vide* Resoluciones de 18 de febrero de 1991 y 7 de abril y 14 de octubre de 1999).

A la luz de esta doctrina es evidente que el motivo de recurso debe decaer pues la actuación del auditor nombrado para la valoración de las participaciones debe acomodarse a la expresa previsión de los estatutos sociales para el supuesto de exclusión.

Procede pues el nombramiento de auditor a solicitud de la sociedad para la realización de la valoración de las participaciones de los socios excluidos el cual deberá acomodarse a su actuación al procedimiento de valoración establecido en el artículo 9 de los estatutos sociales para el supuesto de exclusión, de lo cual advertirá oportunamente el registrador mercantil al auditor nombrado. Es cierto que el propio artículo 9 de los estatutos ampara el derecho de los socios a solicitar que el auditor determine «el valor real de las participaciones» de conformidad con el artículo 29 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, pero dicha opción conferida estatutariamente a los socios no ha sido ejercitada, como expresamente resulta de su escrito de alegaciones, por lo que no procede hacer un pronunciamiento al respecto.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado estimar parcialmente el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Madrid núm. II, don Manuel Casero Mejías de fecha 11 de marzo de 2015, en los términos que resultan de las consideraciones anteriores.

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

Madrid, 5 de mayo de 2015.—Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.—Sr. Registrador Mercantil núm. II de Madrid.

Resolución de 5 de mayo de 2015 (2.^a)

En el expediente 36/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Construcciones Metálicas Lorenzo, S.L.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito de fecha 5 de febrero de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el siguiente día diez, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley 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 Metálicas Lorenzo, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad no presentó escrito de oposición tras ser notificada al respecto por la registradora mercantil.

III

La registradora mercantil de Madrid núm. I, doña Isabel Adoración Antoniano González dictó Resolución en fecha 3 de marzo de 2015 por la que acordó desestimar la solicitud por constar el solicitante inscrito como administrador solidario de la sociedad.

IV

Don, por escrito de fecha 1 de abril de 2015, que tuvo entrada el día 4 de abril siguiente en el Registro Mercantil de Madrid, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a que a la fecha de la solicitud no ostentaba la condición de administrador. Justifica su alegación mediante copia del acta de fecha 27 de junio de 2014 autorizada por el notario de Moralarzal don de la que resulta que en fecha 30 de junio de 2014, reunida la Junta General de la sociedad, adoptó el acuerdo de cese del órgano de administración. A continuación se adopta el acuerdo de elección de un nuevo órgano de administración integrado por tres administradores solidarios ninguno de los cuales es el señor solicitante.

V

La registradora mercantil pone en conocimiento de esta Dirección General que en fecha 13 de marzo de 2015 se presentó para su inscripción la documentación relativa al cese como administrador del socio 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. De la documentación presentada en el Registro Mercantil resulta que el socio instante no ostenta la condición de administrador desde la Junta celebrada el día 30 de junio de 2014 por lo que no existe fundamento para la aplicación al supuesto de hecho de la doctrina de esta Dirección al respecto (*vide* Resoluciones de 4, 5, 17 y 18 de septiembre y 2 de diciembre de 2014 entre otras), y de la que resultaría la falta de legitimación del solicitante.

Es cierto que los asientos del Registro Mercantil se presumen exactos y válidos (art. 20 del Código de Comercio), pero no lo es menos que esta presunción decae mediante la oportuna prueba en contrario que es precisamente lo que ocurre en el supuesto de hecho del expediente. Al respecto, es reiterada doctrina de este Centro Directivo que el nombramiento de los administradores surte sus efectos desde el momento de la aceptación, ya que la inscripción del mismo en el Registro Mercantil aparece configurada como obligatoria pero no tiene carácter constitutivo y que, por tanto, el incumplimiento de la obligación de inscribir no determina por sí solo la invalidez o ineficacia de lo realizado por el administrador antes de producirse la inscripción (*cf.* arts. 22.2 del Código de Comercio, 4 y 94.1.4.º del Reglamento del Registro Mercantil y 214.3, 233 y 234 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, y Resoluciones de 17 de diciembre de 1997, 23 de febrero de 2001, 13 de noviembre de 2007 y 28 de enero de 2014).

Esta doctrina es plenamente aplicable al supuesto de hecho por cuanto el cese del administrador surte plenos efectos frente a la sociedad desde que la Junta así lo acuerda sin perjuicio de que sea precisa su inscripción en el Registro Mercantil para su plena eficacia frente a terceros (como ha reiterado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por todas sentencia de 18 de octubre de 2010). Acreditado en el expediente los hechos a que reiteradamente se ha hecho referencia no procede sino la estimación del motivo de recurso.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la resolución de la registradora mercantil de Madrid núm. I, doña Isabel Adoración Antoniano González de fecha 3 de marzo de 2015.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente recla-

mación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 5 de mayo de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállico.–Sr. Registrador Mercantil núm. I de Madrid.

Resolución de 5 de mayo de 2015 (3.ª)

En el expediente 40/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Servicios Asistenciales Hispania, S.L.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito de fecha 12 de febrero de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Córdoba, en el que tuvo su entrada el día 20 posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital (por no estar la sociedad obligada a la verificación de cuentas), y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Servicios Asistenciales Hispania, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la sociedad, por decisión del administrador único de fecha 15 de diciembre de 2014, renovó por el plazo de un año el contrato firmado el día 6 de octubre de 2011 con la sociedad de auditoría «Quorum Auditores, S.L.P.», contratando así la verificación de las cuentas correspondientes al ejercicio 2014.

III

El registrador mercantil de Córdoba, a la vista de lo anterior y de conformidad con lo establecido en el artículo 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, requiere a la sociedad para que en el plazo de diez días le presente la documentación de la que resulte haber tenido lugar la prórroga tácita del contrato de auditoría por plazo de tres años.

IV

El registrador mercantil de Córdoba, don Francisco Manuel Galán Ortega dictó Resolución en fecha 20 de marzo de 2015 por la que acordó inadmitir la solicitud habida cuenta de que la sociedad ha presentado la documentación requerida dando lugar a la inscripción de nombramiento de auditor para sociedades obligadas (pues la sociedad lo está), el día 19 de marzo de 2015. Que debidamente probada la prórroga del contrato de auditoría no procede el nombramiento de auditor solicitado al no darse el supuesto previsto en el artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital.

V

Don, por escrito de fecha 25 de marzo de 2015, que tuvo entrada el día 9 de abril siguiente en el Registro Mercantil de Córdoba, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: 1.º Que no se le ha dado traslado de los escritos y documentos que obran en el expediente y que han sido presentados por la sociedad y cuya existencia se deduce de la resolución del registrador y que han servido de base a su decisión. Que el registrador ha concedido a la sociedad un trámite generoso y atípico en base al artículo 71 de la Ley 30/1992 que excede de los supuestos previstos en dicho artículo. Que de conformidad con el artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil se sobrepasó el plazo establecido para que la sociedad aportara la documentación por lo que debió el registrador archivar la oposición. 2.º Que estando la sociedad obligada a la verificación de sus cuentas anuales el auditor nombrado en su día finalizó su trabajo con la realización de la auditoría correspondiente a las cuentas del ejercicio 2013. En ningún momento la sociedad plantea en Junta General la necesidad de designar un nuevo auditor de cuentas ni de prorrogar el nombramiento existente. Ha sido como consecuencia del expediente cuando han advertido la circunstancia y han fabricado ex profeso una serie de documentos extemporáneos con la finalidad de justificar la existencia de una prórroga tácita. 3.º Que el recurrente considera que las normas contenidas en el artículo 19 de la Ley de Auditoría y en su reglamento no justifican la existencia de una prórroga tácita. 4.º Que el artículo 264 de la Ley de Sociedades de Capital es la norma aplicable y confiere a la Junta General de socios la competencia para designar auditor por lo que el órgano de administración carece de competencia al respecto de donde resulta que la documentación presentada no puede tener la eficacia pretendida al ser contraria a derecho. 5.º Que en cualquier caso no se cumplen los requisitos derivados del artículo 19 de la Ley de Auditoría y 52 de su reglamento por cuanto: nunca se ha informado a la Junta General de la supuesta prórroga, nunca se había comunicado al Registro Mercantil la existencia de una prórroga hasta la iniciación de este expediente y, tampoco se ha cumplido con el requisito en ellos exigido de que la comunicación al Registro Mercantil ha sido realizado con anterioridad al depósito de cuentas de las últimas verificadas.

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. Con carácter previo al análisis de la cuestión de fondo es importante destacar que el objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que el artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital prevé para que se acuerde la pertinencia de nombramiento de auditor a instancia de un socio cuando no se ha nombrado tempestivamente por la sociedad. La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la Constitución Española en relación a los 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).

Igualmente con carácter previo es preciso poner de manifiesto que aunque la instancia del socio se refiere a su petición como sujeta a las previsiones del párrafo segundo del artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital por no estar la sociedad obligada a verificación contable, el escrito de recurso rectifica este erróneo contenido haciendo referencia a que la sociedad está obligada y a que por tanto su solicitud se enmarca en el primer párrafo del precepto citado.

2. La cuestión de fondo hace referencia a si procede o no el nombramiento de auditor a instancia de un socio de sociedad obligada a la verificación de sus cuentas anuales por incumplimiento de la sociedad en el plazo previsto en el artículo 264 de la Ley de Sociedades de Capital.

Tratándose de una sociedad obligada a verificación contable (arts. 263 y 264 de la Ley de Sociedades de Capital), el nombramiento de auditor es competencia de la Junta General de socios y, en su defecto, del registrador mercantil (art. 265.1).

Cuando la sociedad obligada al nombramiento lo ha llevado a cabo de acuerdo a las normas descritas, finalizado el periodo para el que el auditor fue nombrado su cargo decae (*vide* art. 19 de la Ley de Auditoría). Si la sociedad que continúa estando obligada a verificación desea nombrar de nuevo al mismo auditor debe hacerlo expresamente. Así lo afirma el artículo 52.1 del reglamento de auditoría (en relación al artículo 19 de la Ley citado): «Una vez ha finalizado el período por el que fueron contratados los auditores de cuentas y las sociedades de auditoría para realizar la auditoría de cuentas, podrán ser prorrogados expresamente, incluso de forma sucesiva, por períodos máximos de hasta tres años».

No obstante lo anterior, el propio precepto de la Ley de Auditoría establece que: «Si a la finalización del período de contratación inicial o de prórroga del mismo, ni el auditor de cuentas o la sociedad de auditoría ni la entidad audi-

tada manifestaren su voluntad en contrario, el contrato quedará tácitamente prorrogado por un plazo de tres años».

Por su parte dispone el número 2 del artículo 52 del reglamento de auditoría lo siguiente: «2. Para que el contrato de auditoría quede tácitamente prorrogado por un plazo de tres años, el auditor de cuentas o sociedad de auditoría y la entidad auditada no deberán manifestar su voluntad en contrario antes de que finalice el último ejercicio por el que fueron inicialmente contratados o anteriormente prorrogados, sin perjuicio de la información de dicha prórroga en la Junta General de socios. Lo anterior no exime del deber de comunicar tal hecho en el Registro Mercantil correspondiente al domicilio social de la entidad auditada, mediante acuerdo o certificado suscrito por quien tenga competencia legal o estatutaria en la entidad auditada, en un plazo que no podrá ir más allá de la fecha en que se presenten para su depósito las cuentas anuales auditadas correspondientes al último ejercicio del período contratado».

De la regulación expuesta resulta con toda claridad que la prórroga del nombramiento se produce *ipso iure*, sin necesidad de una declaración expresa al respecto; no es preciso, en consecuencia, para que se produzca la prórroga del contrato, un acuerdo de la Junta General, ni siquiera del órgano de administración. Respecto a la Junta, basta que sea notificada del hecho de la existencia de prórroga producida por la falta de declaración de voluntad en contrario; declararía al órgano de administración que en el ámbito de las sociedades de capital, correspondería al órgano de administración ya por vía expresa como por vía tácita (convocatoria de la Junta para la realización del nuevo nombramiento al que se refiere el artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital). Consecuentemente entra dentro del ámbito de las competencias de gestión del órgano de administración el acuerdo expreso de prórroga del nombramiento del auditor previamente elegido por la Junta General.

La norma no prevé cual será el plazo para presentar en el Registro Mercantil la prórroga del nombramiento de auditor cuando no se produzca el depósito de las cuentas anuales del último ejercicio, pero dado que la Ley sí dispone un plazo para llevar a cabo este depósito, plazo que no puede exceder de siete meses desde que se haya cerrado el último ejercicio (arts. 164, 272 y 279 de la Ley de Sociedades de Capital), resulta con claridad que la sociedad dispone de dicho plazo para presentar el documento de prórroga a que se refiere el precepto. Resulta igualmente claro que el plazo no puede subordinarse al hecho de que efectivamente se haya llevado a cabo el depósito de las cuentas pues llevaría a la imposible conclusión de que el plazo dependería de la actuación del obligado.

3. En el supuesto de hecho que da lugar a este expediente, ante la solicitud de un socio para que se designe auditor por el registrador mercantil por incumplimiento de la sociedad, aduce esta que el nombramiento realizado en su día se ha prorrogado tácitamente. El registrador ofrece un plazo a la sociedad para que subsane su escrito de oposición y justifique debidamente la alegación realizada lo que una vez llevado a cabo provoca la debida inscripción

en el Registro Mercantil de la prórroga del auditor y la desestimación de la solicitud.

Dispone el artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital lo siguiente: «1. Cuando la junta general no hubiera nombrado al auditor antes de que finalice el ejercicio a auditar, debiendo hacerlo, o la persona nombrada no acepten 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, de acuerdo con lo dispuesto en el Reglamento del Registro Mercantil».

De donde resulta indiscutiblemente que si se acredita debidamente que la sociedad procedió al nombramiento dentro del plazo establecido, no existe posibilidad de nombramiento por el registrador mercantil. El mismo razonamiento es aplicable al supuesto de prórroga tácita previsto en el artículo 19 de la Ley de Auditoría.

Es cierto que en el presente supuesto la sociedad no ha verificado la comunicación al registrador mercantil hasta después de hecha la solicitud por el socio, pero no lo es menos que dicha circunstancia carece de relevancia en el presente expediente. Téngase en cuenta que aunque la prórroga sea comunicada con posterioridad no se ha producido un nombramiento e inscripción por parte del registrador mercantil y no existe en consecuencia tercero protegido por los principios registrales cuya posición jurídica deba ser amparada frente a una prórroga no inscrita (art. 21 del Código de Comercio). Como se ha puesto de manifiesto más arriba, solo en el supuesto en el que haya surgido un tercero inscrito decae la prórroga no comunicada tempestivamente al Registro Mercantil, circunstancia que ahora no se produce (confróntese con el supuesto de hecho de la recentísima resolución de 17 de abril de 2015). Pretender en este contexto que se nombre un nuevo auditor no solo es jurídicamente insostenible como queda acreditado sino además es económicamente injustificable sin que por ello se satisfaga interés protegible alguno distinto del ya cubierto con la actuación del auditor (*vide* sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2007).

4. Ninguno de los motivos de contrario puede ser tenido en consideración para revocar la resolución del registrador mercantil. No ha existido desde luego la indefensión a que hace referencia el escrito de recurso. El solicitante ha alegado lo que ha tenido por conveniente y ha ejercitado su derecho al recurso ante esta Administración. El registrador por su parte ha recabado la información que ha considerado precisa para emitir una resolución ajustada a Derecho. El registrador mercantil, como autoridad designada para la instrucción y resolución del expediente de nombramiento de auditor a instancia de un socio ha actuado conforme ha considerado oportuno para instruir el expediente en aplicación de las reglas del procedimiento contempladas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Tampoco puede estimarse su afirmación de que todo el proceso está contaminado por el hecho de que la documentación ha sido fabricada al efecto de

enervar su pretensión. Si la parte recurrente considera que ha existido fraude de Ley, abuso de Derecho o entiende 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. 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 el supuesto que nos ocupa resulta, además, que se ha inscrito la prórroga en el Registro Mercantil. Inscrita la prórroga del nombramiento del auditor designado por la Junta General de la sociedad, el contenido de la inscripción se presume exacto y válido y se halla bajo salvaguarda de los Tribunales produciendo sus efectos mientras no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad (art. 20 del Código de Comercio). Inscrita en el Registro Mercantil la designación de auditor para la verificación de cuentas de sociedad obligada no procede sino desestimar la solicitud de que se lleve a cabo la designación por el registrador mercantil.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Córdoba, don Francisco Manuel Galán Ortega de fecha 20 de marzo de 2015.

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

Madrid, 5 de mayo de 2015.—Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.—Sr. Registrador Mercantil de Córdoba.

Resolución de 7 de mayo de 2015 (1.ª)

En el expediente 14/2015 sobre nombramiento de auditor nombrado a instancia de un socio de la mercantil «Orquesta Cobalto, S.L.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito de fecha 14 de enero de 2014, dirigido al Registro Mercantil de Badajoz, en el que tuvo entrada el mismo día, en el que solicitó, como titular del 30% del capital social de «Orquesta Cobalto, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión de la socia alegando: 1.º Que el solicitante tiene a su entera disposición las cuentas, por lo que no ha existido ni opacidad de clase alguna, ni falta de información. 2.º La sociedad no está obligada a la verificación contable por un auditor y que la empresa carece de fondos para hacer frente a la auditoría. 3.º Se va a convocar Junta Extraordinaria en la que, además de la exposición de cuentas y cierre de las mismas, se va a plantear y someter a votación la disolución de la sociedad.

Al escrito de oposición se incorporan los siguientes documentos: 1.º Acta Notarial de Notificación y Requerimiento autorizada por el Notario de Extremadura don Carlos María Rebosa Domínguez el 10 de noviembre de 2014, número 1.033 de protocolo, en la que don le solicita que requiera al administrador único de la sociedad don, para que proceda a convocar Junta General de socios de la mercantil «Orquesta Cobalto, S.L.», en la que se incluyan en el orden del día los asuntos que en la misma se expresan. 2.º Contestación a dicha Acta. 3.º Certificación emitida por la Gestoría-Asesoría de «Orquesta Cobalto, S.L.», en la que pone de manifiesto que las cuentas están en proceso de elaboración, y que, una vez depositadas en el Registro Mercantil, estarán a disposición de los socios en sus oficinas al igual que en los periodos anteriores. Deja constancia de que el socio petionario no les ha requerido ninguna información respecto del ejercicio 2014.

III

El Registrador Mercantil de Badajoz dictó Resolución en fecha 3 de febrero de 2015 por la que acordó desestimar la oposición efectuada disponiendo que es procedente el nombramiento de auditor solicitado.

IV

Don, en su calidad de administrador de la mercantil «Orquesta Cobalto, S.L.», presentó un escrito suscrito el día 2 de marzo de 2015, que tuvo entrada el día 3 de marzo de 2015 en el Registro Mercantil de Badajoz, mediante el cual interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, por las siguientes razones: 1.º La resolución recurrida carece de suficiente motivación, dado que no contesta ni resuelve todos y cada uno de los motivos por los cuales se formuló la oposición al nombramiento de auditor, de forma tal que se ocasiona indefensión. 2.º El solicitante no acredita estar legitimado para solicitar el nombramiento de auditor, no habiendo presentado documento alguno con tal fin. 3.º Se ha presentado documentación acreditativa de que el socio solicitante no se ha molestado en acudir a la Gestoría-Asesoría a fin de que se le faciliten todas y cada una de

las de la empresa y de la documentación referente a la misma. A través del fraude de ley pretende conseguir un evidente perjuicio. 4.º Brevemente se convocará Junta Extraordinaria con la finalidad de proceder a la liquidación y disolución de la sociedad ya que actualmente la actividad de la empresa es materialmente imposible e inviable (art. 363 del texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital), sobre todo teniendo en cuenta la situación de mala fe y evidente enemistad entre solicitante y recurrente. 5.º La sociedad no está obligada a la verificación contable y además carece de fondos para hacer frente a la auditoría, so pena de que aquella sea abonada 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, 196, 197, 265.2, 272 de la Ley de Sociedades Capital; 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y 6, 7 y 1902 del Código Civil.

Antes de entrar en el estudio de las diversas causas de recurso aducidas es preciso aclarar que el presente procedimiento tiene por objeto exclusivo resolver sobre si la petición de nombramiento de auditor, para que verifique las cuentas del ejercicio económico inmediatamente anterior, reúne los requisitos exigidos en el artículo 265.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, es decir, que el solicitante sea titular de participaciones que representen al menos el 5% del capital social y que la solicitud la haya formulado dentro de los tres meses siguientes a la fecha del cierre del ejercicio social.

De este modo resulta que la competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo, sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la Constitución Española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y resoluciones de este Centro de 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010, entre otras).

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

1. No puede ser estimada la primera causa de recurso alegada por el recurrente como fundamento de su pretensión. Si bien es cierto que la resolución recurrida no resuelve todos y cada uno de los motivos por los cuales se formuló oposición, no lo es menos, no solo que ninguna de las razones esgrimidas en el citado escrito carece de virtualidad para frustrar el derecho del socio a la auditoría, sino también que el recurrente ha dispuesto de este trámite, en el cual ha podido plantear cuantas alegaciones ha estimado oportunas para impugnar la resolución recurrida, y por tanto no solo las cuestiones que ya se señalaron en el escrito de oposición, al cual se remite, sino también

aquellas que ha considerado pertinentes, habiéndose señalado en este procedimiento los fundamentos por los cuales cada una de ellas no puede ser admitida como justificación hábil para revocar la resolución recurrida.

2. Tampoco puede ser admitida la segunda de las razones esgrimidas en el escrito de recurso relativa a que el solicitante no ha acreditado su legitimación para solicitar el nombramiento de auditor, puesto que su condición de socio resulta de la inscripción primera de la hoja abierta a la sociedad, no habiendo negado ni acreditado la sociedad recurrente que no ostenta dicha condición. Por lo tanto, constando en el Registro Mercantil que el solicitante es socio fundador, correspondería a la mercantil recurrente alegar, y en su caso acreditar, que actualmente no figura el peticionario en el Libro-Registro de socios cuya llevanza corresponde a la empresa.

3. La tercera causa de recurso, consistente en que el solicitante de la auditoría no ha mostrado interés en que se le faciliten las cuentas, no puede ser considerada fundamento hábil para revocar la resolución recurrida. Esta Dirección General ha reiterado que no pueden, en modo alguno, confundirse el derecho a conocer y examinar las cuentas sociales, o derecho de información que asiste a todos los socios de entidades mercantiles, con independencia del porcentaje de capital que ostenten en la compañía con el derecho a la verificación contable que reconoce el artículo 265.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital a aquellos que reúnan un porcentaje de participaciones sociales equivalentes al menos al 5% de capital social y que presenten su solicitud dentro de los tres meses siguientes al cierre del ejercicio a auditar. Resulta evidente que ambos derechos, aunque relacionados, son distintos e independientes en su ejercicio, ya que éste último tiene la finalidad de que las cuentas anuales sean verificadas por un auditor de cuentas ajeno a la estructura empresarial de la sociedad afectada por la solicitud, de modo que el ejercicio de uno no puede impedir ni obstaculizar el ejercicio de otro. Por este motivo es irrelevante que el administrador afirme que el solicitante no se ha molestado en acudir a la Asesoría-Gestoría a fin de que se le faciliten todas y cada una de las cuentas de la empresa y documentación contable referente a la misma. En cualquier caso, al socio le ampara la Ley para solicitar y conseguir que las cuentas anuales sean verificadas por auditor independiente. Por lo tanto, para que prospere la solicitud de nombramiento de auditor para que verifique las cuentas del ejercicio económico anterior, es bastante cumplir los requisitos de capital y tiempo que se expresan en el artículo 265.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital sin que, por tanto, sea necesario que el instante, con anterioridad, haya ejercitado el derecho de información regulado en los artículos 196, 197 y 272 del citado Texto Refundido. Así resulta de los citados artículos y de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 13 de agosto, 1 de septiembre y 6 de octubre de 2010, entre otras. En cuanto a la manifestación relativa a que el socio, a través del fraude de ley, pretende conseguir perjuicio, tampoco puede

ser admitida ya que este Centro Directivo no es competente para pronunciarse al respecto.

4. La cuarta alegación referente a que se convocará Junta Extraordinaria con la finalidad de proceder a la disolución y liquidación de la sociedad carece de virtualidad para enervar el derecho del socio al nombramiento de auditor. En el caso concreto el recurrente pone de manifiesto su intención de convocar Junta Extraordinaria para decidir sobre la posible disolución de la sociedad, sin embargo, ni dicha manifestación es suficiente para frustrar el derecho del socio a la auditoría, ni lo sería tampoco el que con anterioridad a la interposición al recurso se hubiera adoptado el acuerdo de disolución de la mercantil. La citada voluntad de proponer la disolución de la sociedad debe ser rechazada, no solo porque la pretendida disolución no haya sido todavía planteada ni acordada, sino porque aún en el caso de haberlo sido, debido a la naturaleza esencialmente reversible de la fase liquidatoria de la sociedad, cuya personalidad jurídica subsistiría en tanto no se hubiera procedido al reparto del activo sobrante entre los socios y cancelado en el Registro los asientos referentes a la sociedad extinguida, subsiste a favor del socio minoritario el derecho a solicitar y que les sea reconocido su derecho de auditoría. Ello se fundamenta en que el derecho reconocido en el artículo 265.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital no puede desvirtuarse por una decisión de la mayoría de capital. En este sentido se pronuncia la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de febrero de 2006, entre otras. Del mismo modo el motivo de impugnación concerniente a la mala fe del instante no puede ser apreciado. Es doctrina muy consolidada de esta Dirección General que, siendo indiscutible que nuestro ordenamiento jurídico no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo por lo que el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización de buena fe (art. 7 del Código Civil), también lo es que la apreciación de tales circunstancias resulta imposible en un procedimiento como el presente, cuyo limitado conocimiento material y competencial lo impide, sin perjuicio del derecho de los interesados a acudir a los Tribunales de Justicia en defensa de su posición jurídica (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010 y 11 de marzo de 2014, entre otras).

5. La quinta razón aducida en el escrito del recurso concerniente a que la sociedad no está obligada a la verificación contable no tiene trascendencia para cercenar el derecho del socio a la auditoría. Si bien es cierto que el artículo 263.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital exceptúa de la obligación legal de verificar las cuentas a las sociedades que reúnan los requisitos que en el mismo se enumeran, no lo es menos, que el artículo 265.2 del mismo Texto Refundido concede a los socios de las mercantiles no obligadas a someter sus cuentas anuales a la verificación por un auditor el derecho a solicitar al Registrador Mercantil del domicilio social que, con cargo a la sociedad, nombre un auditor de cuentas para que efectúe la

revisión de las cuentas anuales, siempre que concurren las circunstancias que en el mismo se expresan, y en el presente caso se dan. Por último, la sociedad alega que carece de fondos para hacer frente a la auditoría, entendiéndose que este coste habría de recaer sobre el instante. No obstante dicha alegación no puede ser admitida ya que, como ha reiterado este Centro (Resolución de 27 de febrero de 2013 y 31 de enero de 2014 entre las más recientes), el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital no deja margen a la interpretación por lo que con independencia de cuales sean las condiciones económicas de la sociedad y el perjuicio económico alegado, se impone el derecho individual del socio a conocer el estado contable de la sociedad y a su verificación por auditor nombrado por el Registro Mercantil.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador de Badajoz don Juan Enrique Pérez y Martín, de fecha 3 de febrero de 2015.

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

Madrid, 7 de mayo de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállico.–Sr. Registrador Mercantil de Badajoz.

Resolución de 7 de mayo de 2015 (2.^a)

En el expediente 35/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Neumáticos Palencia, S.L.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito de fecha 30 de enero de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Palencia, 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 «Neumáticos Palencia, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que el solicitante ha vendido la totalidad de sus participaciones en escritura pública en fecha 6 de febrero de 2015 (copia de la cual se acompaña), por lo que ha perdido su legitimación. 2.º Que el adquirente de la totalidad de las participaciones del solicitante es la propia sociedad «Neumáticos Palencia, S.L.», por lo que ha desaparecido el interés protegible del instante. 3.º Que la sociedad, como adquirente de las participaciones, expresamente manifiesta su voluntad de no continuar con el procedimiento.

III

Trasladado el anterior escrito al solicitante alega, en defensa de su posición jurídica lo siguiente: 1.º Que el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil contempla cuales son las causas de oposición, ninguna de las cuales es de aplicación al supuesto. 2.º Que mantiene su interés porque es titular de una opción de compra sobre las participaciones vendidas según resulta de la escritura pública inmediatamente posterior en número de protocolo a la de venta (que acompaña).

IV

La registradora mercantil de Palencia, doña Ana María Crespo Iribas dictó Resolución en fecha 13 de marzo de 2015 por la que acordó admitir la oposición y desestimar la solicitud de nombramiento del auditor solicitado por falta de legitimación sobrevenida del solicitante.

V

Don, por escrito de fecha 8 de abril de 2015 (*sic*), que tuvo entrada el día 7 de abril de 2015 en el Registro Mercantil de Palencia, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de alegaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. El recurso no puede prosperar pues la sociedad ha acreditado debidamente la falta de legitimación del solicitante en los términos previstos en el artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil y en la doctrina de este Centro Directivo. De la documentación aportada resulta con claridad que el

solicitante no ostenta la condición de socio. En realidad, el recurrente no discute tal circunstancia.

2. Como ha reiterado esta Dirección General el supuesto contemplado en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital decae cuando no existe interés protegible bien porque el socio ha dejado de serlo (*vide* resoluciones de 16 de septiembre de 2009 y 30 de abril de 2012), bien porque renuncia al derecho reconocido (Resolución de 31 de enero de 2014), bien porque su posición jurídica está debidamente protegida en un momento en el que su interés se agota en la liquidación económica de su participación en la sociedad (*vide* art. 363 del Registro Mercantil y resolución de 4 de febrero de 2013).

3. La afirmación de que como titular de un derecho de opción de compra sobre las participaciones enajenadas, el solicitante mantiene su legitimación no puede sostenerse. El mero carácter personal de la posición jurídica del optante que deriva del contrato de opción no le confiere la condición de socio, única que le legitima para solicitar la designación de auditor por la vía contemplada en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital (y sin perjuicio de la posibilidad de acudir a otras vías contempladas legalmente si así lo considera en defensa de su posición jurídica, *vide* artículo 40 del Código de Comercio).

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Palencia, doña Ana María Crespo Iribas de fecha 13 de marzo de 2015.

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

Madrid, 7 de mayo de 2015.—Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.—Sr. Registrador Mercantil de Palencia.

Resolución de 7 de mayo de 2015 (3.ª)

En el expediente 42/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Allglass Confort Systems, S.L.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito de fecha 16 de febrero de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Málaga, en el que tuvo su entrada el día 4 de marzo 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 «Allglass Confort Systems, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que si bien la sociedad no está obligada a auditar cuentas decidió nombrar auditor para la verificación de los ejercicios 2012, 2013 y 2014 en fecha 27 de noviembre de 2014 como se acredita con la propuesta de colaboración debidamente firmada que se acompaña. Que igualmente se justifica que el primer pago se llevó a cabo y que la sociedad auditora remitió a la sociedad las facturas correspondientes. 2.º Que en fecha 22 de diciembre se celebró Junta General de socios según resulta del acta notarial de Junta ante el notario don José Membrado Martínez. En dicha Junta asistió el solicitante y como resulta del acta se informó a los socios de la existencia del nombramiento. El propio auditor ha emitido escrito en el que reconoce su nombramiento el día 27 de noviembre de 2014 y que las auditorías correspondientes a los ejercicios 2012 y 2013 se encuentran finalizadas así como que la correspondiente a 2014 se encuentra al 40% en su realización. 3.º Que el socio solicitante conocía perfectamente la designación del auditor e incluso estuvo con el representante de la firma revisando el stock de materiales, de donde se deriva su clara mala fe.

III

La registradora mercantil de Málaga, doña María del Carmen Pérez López-Ponce de León dictó Resolución en fecha 19 de marzo de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don, como administrador solidario, por escrito de fecha 7 de abril de 2015, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Málaga, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos, insistiendo en el carácter previo del nombramiento voluntario como resulta del conjunto de prueba aportada así como la imposibilidad de inscribir en el Registro Mercantil el nombramiento llevado a cabo por ser tal cosa imposible de no haber sido hecho el nombramiento por la Junta General.

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. De forma reiteradísima (Resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012 y 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, entre otras muchas), este Centro Directivo ha mantenido que la finalidad del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital es la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la estructura empresarial, para lo cual dicho artículo reconoce y regula el derecho a la verificación de la contabilidad social por un profesional independiente nombrado por el Registrador Mercantil a instancia de los socios que reúnan un mínimo de participaciones sociales o acciones equivalentes al 5% del capital social y siempre que presenten su solicitud en los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social.

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

Este criterio ha sido sancionado por la doctrina del Tribunal Supremo que en su sentencia de 9 de marzo de 2007, con cita de la doctrina de este Centro Directivo afirma: «La posibilidad de que, en las sociedades no sometidas a verificación obligatoria, la minoría acuda a la designación de un auditor por el Registro Mercantil trata de asegurar el control de las cuentas por un profesional independiente... pero no protege el hecho de que actúe un concreto y determinado profesional, creando una suerte de vinculación *in tuitu personae* entre la empresa o entidad y el profesional que recibe el encargo de llevar a efecto la revisión». Y más adelante continúa: «La designación se verifica no en razón de condiciones o circunstancias que puedan concurrir en un determinado profesional, sino por un mecanismo aleatorio que tiene por base una consideración de equivalencia o igualdad entre los profesionales inscritos en las listas». Para terminar afirmando que: «Hay que añadir a ello la consolidada opinión emitida reiteradas veces por la Dirección General de Registros y del Notariado...en orden a considerar que el derecho del accionista a solicitar la auditoría prevista en el artículo 205.2 de la Ley de Sociedades Anónimas 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 205.2 LSA no es que la auditoría se realice a instancia de un determinado socio sino que aquella efectivamente se realice y el socio pueda tener perfecto conocimiento de la contabilidad de la sociedad».

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

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

3. Sin embargo la sociedad no solo no ha garantizado los derechos del socio minoritario mediante la solicitud de inscripción del nombramiento de auditor sino que llega a afirmar que no lo ha hecho por ser imposible tal circunstancia al ser el nombramiento realizado por el órgano de administración y no por la Junta General. Lo cierto es que no es así como ha reiterado esta Dirección General en multitud de ocasiones. El órgano de administración está perfectamente legitimado para designar auditor con el fin de que verifique las cuentas anuales en aquellos supuestos en que la sociedad no esté obligada a la verificación contable (por todas, Resolución de 16 de abril de 2012). De los artículos artículo 263, 264 y 265 de la Ley de Sociedades de Capital, resulta ineludiblemente que la competencia de la Junta General para proceder al nombramiento de auditor de cuentas, así como los términos para realizar

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

Procede en consecuencia desestimar el recurso por aplicación de los razonamientos anteriores. Ahora bien, las especiales circunstancias del supuesto de hecho aconsejan que esta Dirección General recuerde que si, dado lo avanzado de los trabajos de auditoría correspondientes al ejercicio 2014, el informe de verificación se pone a disposición del socio solicitante o se acompaña copia para su incorporación al expediente instruido por el Registro Mercantil de Málaga, lo pertinente será proceder a su cierre. Así resulta de las consideraciones que constan más arriba pues satisfecho el interés protegible del socio minoritario carece de razón de ser el mantenimiento de un nombramiento que resultaría inadmisibles por su innecesariedad y por su coste económico (*vide* sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2007).

4. El resto de circunstancias en que se basa la sociedad para interponer el recurso deben seguir la misma suerte desestimatoria. En cuanto al hecho de que se haya auditado los ejercicios 2012 y 2013 porque dichas circunstancias quedan al margen de este expediente que, como resulta del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital tiene por objeto exclusivamente el ejercicio inmediatamente anterior a la solicitud del minoritario.

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

El objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital prevé para que se acuerde la pertinencia de nombramiento de auditor a instancia de la minoría. La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y

de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la Constitución Española en relación a los arts. 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Málaga, doña María del Carmen Pérez López-Ponce de León de fecha 19 de marzo de 2015.

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

Madrid, 7 de mayo de 2015.—Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.—Sr. Registrador Mercantil de Málaga.

Resolución de 11 de mayo de 2015 (1.ª)

En el expediente 45/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de socios de «Agrupación Empresarios Transportistas Almendralejenses, S.L.».

HECHOS

I

Don, don y don, presentaron un escrito de fecha 18 de marzo de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Badajoz, en el que tuvo su entrada el 24 de marzo siguiente, en el que solicitaron, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titulares cada uno de ellos de un 4, 9398% y entre todos de más del 5% del capital social de «Agrupación Empresarios Transportistas Almendralejenses, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que en la sociedad hay dos administradores solidarios uno de los cuales es el solicitante don y la otra doña, quienes discutieron hace tiempo sin que mantengan relaciones. Que los dos administradores tienen acceso a toda la información por lo que el señor no puede pedir el nombra-

miento de auditor con cargo a la sociedad porque puede y debe conocer a fondo la contabilidad social. Que tampoco lo pueden pedir los otros dos solicitantes, amigos del anterior, y con quien se encuentran en actitud de perjudicar a la empresa. 2.º Que el derecho que ejercen los socios no tiene otra finalidad que perjudicar a la empresa causándole un gasto innecesario, gasto que no está en condiciones de satisfacer. Que de todo ello resulta un evidente abuso de derecho por parte de los solicitantes. 3.º Que no se alega justa causa que además debe ser seria sin que pueda presumirse el interés ni baste la mera solicitud.

III

El registrador mercantil de Badajoz, don Juan Enrique Pérez y Martín dictó resolución en fecha 1 de abril de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Doña, como administradora solidaria, por escrito de fecha 13 de abril de 2015, que tuvo entrada el día 15 siguiente en el Registro Mercantil de Badajoz, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. El recurso no puede prosperar por cuanto ninguna de las alegaciones puede enervar el derecho de los socios minoritarios agrupados a solicitar el nombramiento por el registrador mercantil de un auditor que verifique las cuentas anuales.

Es cierto, como pone de relieve el recurrente, que el socio administrador solidario carece de legitimación para instar dicho nombramiento de acuerdo a la continua doctrina de este Centro Directivo que afirma que la medida protectora prevista en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital obedece a la finalidad de amparar la legítima pretensión de un socio de que las cuentas anuales de la sociedad no obligada sean objeto de verificación contable. Es preciso que el socio instante reúna los requisitos de capital y de temporalidad previstos en dicho artículo pero también lo es que ostente un interés protegible; es decir, una situación tal que permita entender que sin la atención de su petición su derecho a obtener el nombramiento de auditor para verificar las cuentas quedaría indebidamente frustrado. Por este motivo esta Dirección

tiene reiteradamente declarado que no concurre dicho interés protegible cuando el socio se ha encontrado, durante el ejercicio económico al que se refiere la solicitud de auditoría, en situación de haber obtenido la verificación a que se refiere su solicitud.

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

De acuerdo con dichas consideraciones procede que la presente declare la falta de legitimación del socio don Lo que ocurre es que dicha declaración carece de virtualidad revocatoria de la resolución impugnada por cuanto consta en el expediente, y en ningún momento la sociedad lo ha contradicho, que los otros dos solicitantes reúnen en conjunto un porcentaje de capital superior al mínimo legal por lo que su legitimación no ha sido puesta en cuestión.

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

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).

Si como consecuencia del ejercicio de su derecho por los socios solicitantes la sociedad sufre o no un perjuicio no es cuestión que quepa tampoco dentro del objeto de este expediente. Los costes de la verificación contable, de acuerdo con el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital, integrados

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

3. Igual suerte debe seguir el motivo relativo a la falta de expresión de una causa cierta y seria por parte de los solicitantes. La inexpressión de causa de la solicitud no puede enervar el derecho del socio minoritario. Es constante doctrina de este Centro que, a diferencia de las solicitudes de nombramiento registral de auditor para las sociedades obligadas por ley a la verificación contable y fundadas en el artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital, en aquellas otras, exentas de esta obligación, la causa de la petición es siempre y típicamente la misma: la inexistencia de una auditoría previa. Dicha circunstancia determina la existencia de un interés protegible que se reconoce a los socios minoritarios y la consecuente atribución del derecho a solicitar que se lleve a cabo la verificación. Por ello, el artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil que articula el procedimiento para la tramitación de las solicitudes fundadas en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, no exige su expresión, de alcance puramente formal, pues, como ya se ha indicado, la inexpressión de la causa de la petición o su expresión inadecuada es intrascendente en este procedimiento de nombramiento registral de auditor a instancia de los socios minoritarios de entidades mercantiles (en este sentido pueden verse las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 12 y 23 de julio, 7 de octubre de 2010 y 11 y 31 de marzo de 2014 entre otras).

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Badajoz, don Juan Enrique Pérez y Martín de fecha 1 de abril de 2015.

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

Madrid, 11 de mayo de 2015.—Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.—Sr. Registrador Mercantil de Badajoz.

Resolución de 11 de mayo de 2015 (2.ª)

En el expediente 46/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Construcciones Gabriel Fernández, S.A.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito de fecha 2 de enero de 2015, dirigido al Registro Mercantil de León, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Construcciones Gabriel Fernández, S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que el día 3 de noviembre de 2014 el consejo de administración de la sociedad acordó convocar Junta General Extraordinaria entre cuyos puntos del orden del día se encontraba la propuesta de designación de auditor para los ejercicios 2014, 2015 y 2016. Que celebrada la Junta en fecha 29 de diciembre con asistencia del total capital social se acordó el nombramiento de auditor para los ejercicios reseñados. 2.º Que certificación del acuerdo ha sido presentada en el Registro Mercantil de León para su inscripción.

III

El registrador mercantil de León, don Oscar María Roa Nonide dictó Resolución en fecha 31 de marzo de 2015 por la que acordó admitir la oposición y desestimar el nombramiento del auditor solicitado. De la resolución resulta que la certificación del acuerdo de Junta de nombramiento de auditor y su documentación complementaria fueron inscritas en la hoja de la sociedad dando lugar a la inscripción núm. 15 de fecha 25 de marzo de 2015.

IV

Don, por escrito de fecha 15 de abril de 2015, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de León, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: 1.º Que la reunión del consejo de administración de la sociedad, del que forma parte el recurrente, se reunió el día 3 de noviembre de 2014 previa solicitud de información por el recurrente que fue ignorada. En dicha reunión se acordó determinado orden del día de la Junta a convocar. Que sin embargo el orden del día publicado en el «BOE» fue distinto. 2.º Que el recurrente solicitó determinadas actuaciones de la presidenta del consejo reiteradamente. 3.º Que se presentó demanda de impugnación del acuerdo de Junta de 16 de diciembre de 2013 de nombramiento de

auditores. 4.º Que el día de la Junta de 29 de diciembre de 2014 se propuso el nombramiento de auditores distintos a los que había propuesto el consejo de administración. 5.º Que de todo lo anterior resultan graves incumplimientos de los derechos del socio recurrente y miembro del consejo. 6.º Que se han impugnado las decisiones del consejo y de la Junta de socios aunque no se ha obtenido la medida cautelar de anotación preventiva. 7.º Que resulta que el nombramiento de auditores determinados ha sido una imposición de la presidente del consejo por lo que en definitiva se solicita la suspensión de inscripción del procedimiento registral hasta que recaiga la resolución judicial provocada por la impugnación del acuerdo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. El recurso no puede prosperar pues plantea una serie de cuestiones que quedan completamente al margen de lo que constituye el objeto de este expediente. Como ha afirmado esta Dirección General en múltiples ocasiones, el objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital prevé para que se acuerde la pertinencia de nombramiento de auditor a instancia de la minoría. La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la Constitución Española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y resoluciones de este Centro de 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010, entre otras).

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

2. Del expediente resulta que el registrador mercantil de León resolvió desestimar la solicitud del ahora recurrente por resultar acreditado el nombramiento anterior de auditor para el ejercicio 2014 llevado a cabo por la Junta General de socios. También resulta que, aunque con posterioridad a la solicitud del minoritario si bien en virtud de rogación anterior, se ha procedido a la inscripción de dicho nombramiento en el Registro Mercantil entrando en juego la protección de los principios registrales, señaladamente, la derivada del principio de legitimación del artículo 20 del Código de Comercio conforme al cual el contenido de la inscripción se presume exacto y válido encontrándose bajo la salvaguarda de los Tribunales y desplegando todos sus efectos

mientras no se inscriba la resolución judicial que declare su inexactitud o nulidad.

Téngase en cuenta que de este modo el interés protegible del solicitante queda debidamente protegido de acuerdo a las previsiones del ordenamiento. De forma reiteradísima (Resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012 y 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, entre otras muchas), este Centro Directivo ha mantenido que la finalidad del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital es la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la estructura empresarial, para lo cual dicho artículo reconoce y regula el derecho a la verificación de la contabilidad social por un profesional independiente nombrado por el Registrador Mercantil a instancia de los socios que reúnan un mínimo de participaciones sociales o acciones equivalentes al 5% del capital social y siempre que presenten su solicitud en los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social.

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

Este criterio ha sido sancionado por la doctrina del Tribunal Supremo que en su sentencia de 9 de marzo de 2007, con cita de la doctrina de este Centro Directivo afirma: «La posibilidad de que, en las sociedades no sometidas a verificación obligatoria, la minoría acuda a la designación de un auditor por el Registro Mercantil trata de asegurar el control de las cuentas por un profesional independiente...pero no protege el hecho de que actúe un concreto y determinado profesional, creando una suerte de vinculación *in tuitu personae* entre la empresa o entidad y el profesional que recibe el encargo de llevar a efecto la revisión». Y más adelante continúa: «La designación se verifica no en razón de condiciones o circunstancias que puedan concurrir en un determinado profesional, sino por un mecanismo aleatorio que tiene por base una consideración de equivalencia o igualdad entre los profesionales inscritos en las listas» Para terminar afirmando que: «Hay que añadir a ello la consolidada opinión emitida reiteradas veces por la Dirección General de Registros y del Notariado... en orden a considerar que el derecho del accionista a solicitar la auditoría prevista en el artículo 205.2 Ley de Sociedades Anónimas 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 205.2 LSA no es que la auditoría se realice a instancia de un determinado socio sino que aquella efectivamente se realice y el socio pueda tener perfecto conocimiento de la contabilidad de la sociedad».

3. Como resulta del escrito de recurso el recurrente ha llevado a cabo determinadas actuaciones judiciales contra los acuerdos de los que deriva el nombramiento inscrito. Su pretensión de que el presente expediente se suspenda hasta que resuelvan los Tribunales no puede ser admitido puesto que ello desborda, como queda dicho, el objeto del mismo y la competencia de esta Administración. La afirmación de que el acuerdo por el que se nombró auditor y que sirvió de base a la inscripción en el Registro Mercantil es nulo no puede ser apreciada en consecuencia por dos órdenes de motivos: En primer lugar porque inscrito el acuerdo de nombramiento de auditor en el Registro Mercantil su contenido se presume exacto y válido estando bajo la salvaguarda de los Tribunales (art. 20 del Código de Comercio). El registrador está vinculado por su contenido (art. 18 del Código de Comercio), mientras que un Tribunal no declare su inexactitud. En segundo lugar y precisamente porque ni el registrador Mercantil ni esta Dirección General en alzada ejercitan función jurisdiccional alguna de las reservadas a jueces y Tribunales es por lo que en ningún caso sería posible un pronunciamiento al respecto ni la adopción de una medida cautelar que solo a aquellos corresponde. Habrá de ser, en su caso, el juez competente en el procedimiento legalmente establecido y con la aportación de las pruebas que estime pertinentes, el que habrá de pronunciarse. El hecho de que el recurrente justifique haber interpuesto denuncia no hace sino confirmar dicha apreciación pues será el Juez a quien corresponda conocer del asunto el que deberá pronunciarse, en su caso, sobre las consecuencias que puedan afectar al contenido del Registro Mercantil.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de León, don de fecha 31 de marzo de 2015.

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

Madrid, 11 de mayo de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador Mercantil de León.

Resolución de 13 de mayo de 2015

En el expediente 37/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Exlual, S.L.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito de fecha 21 de enero de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Palencia, en el que tuvo su entrada el día 23 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 «Exlual, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que el día 22 de diciembre de 2014 se convocó Junta General de socios cuyo primer punto del orden del día incluía el nombramiento de auditor para el ejercicio 2014. 2.º Que la Junta se celebró el día 23 de enero y se aprobó el citado nombramiento recayendo en determinada firma de auditoría si bien con la oposición del solicitante que anunció que había solicitado nombramiento al Registro Mercantil. 3.º Que la Junta finalizó a las 11 horas del día 23 de enero y dado que los dos socios firmaron el acta notarial autorizada por el notario requerido al efecto, no es posible que el solicitante hubiese comunicado la Registro Mercantil la solicitud de nombramiento de auditor con anterioridad dado que su solicitud tuvo entrada en el citado Registro a las 15 horas y 27 minutos. Que la sociedad no está obligada a verificación contable.

Junto al escrito de oposición acompañó acta notarial de la Junta realizada el día 12 de marzo de 2014 de donde resulta su cargo, informe del administrador único sobre el orden del día, publicaciones de convocatoria, acta de la Junta General de fecha 23 de enero de 2015 firmada por los socios y carta de encargo y de aceptación de la sociedad de auditoría de fecha 10 de diciembre de 2014 y firmada tanto por el administrador de la sociedad «Exlual, S.L.», como por la sociedad de auditoría «Audicyl Auditores, S.L.».

III

Trasladada la oposición, el solicitante llevó a cabo las siguientes alegaciones: 1.º Que la sociedad no rebate el hecho de que el socio está legitimado ni que su solicitud se ha realizado en plazo. 2.º Que la Junta decida el nombramiento de auditor no es incompatible con la solicitud del socio que precisamente trata de que recaiga en persona no controlada por la administración social. 3.º Que es irrelevante que la sociedad esté o no obligada a la verificación de cuentas.

IV

La registradora mercantil de Palencia, doña Ana María Crespo Iribas dictó Resolución en fecha 6 de marzo de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

V

Don, como administrador de la sociedad, mediante escrito que tuvo entrada en el Portal Virtual del Ministerio de Justicia el día 7 de abril de 2015, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución. El escrito presentado no es propiamente un documento de recurso pues contiene el mismo documento mediante el que se ejerció la oposición así como la documentación complementaria a que se ha hecho referencia más arriba.

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. Aunque la sociedad recurrente no presenta propiamente un escrito de recurso contra la resolución de la registradora mercantil ya que se limita presentar ante esta Dirección General de los Registros y del Notariado la misma documentación que ya constaba en el expediente y mediante la que ejerció su derecho de oposición, una mínima consideración al derecho de defensa que le corresponde aconseja dar a dicha presentación la consideración propia de un recurso.

2. La cuestión planteada ha sido objeto de una dilatadísima doctrina de este Centro Directivo. De forma reiteradísima (Resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012 y 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, entre otras muchas), este Centro Directivo ha mantenido que la finalidad del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital es la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la estructura empresarial, para lo cual dicho artículo reconoce y regula el derecho a la verificación de la contabilidad social por un profesional independiente nombrado por el Registrador Mercantil a instancia de los socios que reúnan un mínimo de participaciones sociales o acciones equivalentes al 5% del capital social y siempre que presenten su solicitud en los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social.

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

Este criterio ha sido sancionado por la doctrina del Tribunal Supremo que en su sentencia de 9 de marzo de 2007, con cita de la doctrina de este Centro Directivo afirma: «La posibilidad de que, en las sociedades no sometidas a verificación obligatoria, la minoría acuda a la designación de un auditor por el Registro Mercantil trata de asegurar el control de las cuentas por un profesional independiente... pero no protege el hecho de que actúe un concreto y determinado profesional, creando una suerte de vinculación *in tuitu personae* entre la empresa o entidad y el profesional que recibe el encargo de llevar a efecto la revisión». Y más adelante continúa: «La designación se verifica no en razón de condiciones o circunstancias que puedan concurrir en un determinado profesional, sino por un mecanismo aleatorio que tiene por base una consideración de equivalencia o igualdad entre los profesionales inscritos en las listas». Para terminar afirmando que: «Hay que añadir a ello la consolidada opinión emitida reiteradas veces por la Dirección General de Registros y del Notariado... en orden a considerar que el derecho del accionista a solicitar la auditoría prevista en el artículo 205.2 LSA queda enervado por el encargo de una auditoría voluntariamente realizado por los administradores... estimándose indiferente el origen de la designación (Juez, Registrador, Órganos sociales), lo que viene razonándose en el sentido de que «dicho auditor ha de conducirse en sus actuaciones bajo estrictos y exclusivos criterios de independencia y de profesionalidad...ya que la finalidad del artículo 205.2 Ley de Sociedades Anónimas no es que la auditoría se realice a instancia de un determinado socio sino que aquella efectivamente se realice y el socio pueda tener perfecto conocimiento de la contabilidad de la sociedad».

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

3. En el expediente que da lugar a la presente puede considerarse acreditado que la designación del auditor voluntario fue anterior a la solicitud realizada por el socio minoritario pues aunque el acuerdo de la Junta Gene-

ral es claramente posterior, lo cierto es que consta que con carácter previo la administración y la firma de auditoría habían firmado un documento de compromiso. Es cierto que la doctrina de esta Dirección General había venido exigiendo que la fecha anterior de nombramiento resultase de forma fehaciente, pero lo cierto es que la más reciente doctrina ha entendido que si de la valoración conjunta de la documentación aportada resulta con claridad que el nombramiento voluntario por la sociedad es previo, debe prevalecer esta circunstancia (*vide* resoluciones, entre otras, de 1 y 23 de julio, 2 y 26 de septiembre, 7 de octubre y 2 de diciembre de 2013 y 24 de junio y 24 de octubre de 2014). En el supuesto de este expediente, resulta que la primera fecha fehaciente que resulta de los documentos es posterior a la presentación de la solicitud por el socio minoritario; no obstante, de una valoración conjunta de las pruebas, se llega a la conclusión de que el nombramiento sí fue previo a la solicitud presentada por el interesado. En este sentido la administración de la sociedad acredita que el nombramiento voluntario de auditor fue anterior a la entrada en el registro Mercantil de la solicitud del socio. En consecuencia, no existen razones para presumir la falsedad en la declaración o fraude a los derechos del socio minoritario, que de haberse producido, debería ser una cuestión a ventilar ante los tribunales y no en el marco de este expediente.

4. Dicha circunstancia no es empero suficiente para estimar el recurso interpuesto. Como resulta de las consideraciones anteriores no basta con acreditar la designación de un auditor con carácter previo a la solicitud del socio minoritario sino que además, es preciso que se garantice por alguno de los medios descritos que el interés protegible amparado por la norma no se verá frustrado. La falta en el expediente de acreditación por parte de la sociedad de cualquier iniciativa al respecto lleva inexorablemente a la desestimación de su pretensión de revocación de la resolución de la registradora mercantil de Palencia.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Palencia, doña Ana María Crespo Iribas de fecha 6 de marzo de 2015.

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

Madrid, 13 de mayo de 2015.—Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.—Sr. Registrador Mercantil de Palencia.

Resolución de 14 de mayo de 2015 (1.ª)

En el expediente 44/2014 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Jóvenes Industriales Metalúrgicos Componentes Arahaleses, S.L.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito de fecha 16 de febrero de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Sevilla, en el que tuvo su entrada el día 25 siguiente, en el que solicitó, al amparo del artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil y como socio de la entidad «Jóvenes Industriales Metalúrgicos Componentes Arahaleses, S.L.», el nombramiento de un auditor que determine el valor real de las participaciones sociales por haber ejercitado el derecho de separación.

Basa su pretensión en que la Junta General de la sociedad acordó el día 27 de noviembre de 2014 la modificación y ampliación del objeto social con su voto en contra; en que a su juicio la modificación implica una alteración sustancial del objeto social y en que a pesar de haber notificado su voluntad de separación al órgano de administración en fecha 22 de diciembre de 2014, no ha recibido respuesta a su pretensión.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que el solicitante no es titular de las 98 participaciones que afirma y solo de 84 estando reclamadas el resto por lo que no ostenta la legitimación que proclama. 2.º No ha existido una modificación del objeto y solo una ampliación del mismo dentro de la misma rama de actividad adecuando la empresa su realidad estatutaria a su realidad empresarial. Que la actividad declarada en el Registro de Establecimientos Industriales de Andalucía es la de Fabricación de dispositivos multibasculantes. Que dicha actividad es la misma que la que desarrollaba la sociedad cuando el solicitante estaba a su cargo. Que se citan las sentencias de la Audiencia Provincial de Baleares de 178/2003, de 14 de abril y la del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2010. 3.º Que la sociedad ya tiene designado auditor por lo que no procede el nombramiento de uno nuevo.

III

El registrador mercantil de Sevilla núm. III, don Juan Ignacio Madrid Alonso dictó Resolución en fecha 18 de marzo de 2015 por la que acordó admitir la oposición y desestimar el nombramiento de auditor solicitado.

IV

Don, por escrito de fecha 8 de abril de 2015, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Sevilla, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General con-

tra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: 1.º Que el solicitante es titular de 98 participaciones de la sociedad tal y como consta en el Registro Mercantil y como certificó la propia administración social. 2.º Que el contenido de los estatutos en cuanto al objeto social era el siguiente: «Artículo Segundo.- Objeto social.- Tiene por objeto la construcción de máquinas y útiles agrícolas, equipos hidráulicos, taller de cerrajería, fabricación de rejas, verjas y herrería en general. También tiene por objeto la explotación de inmuebles mediante su arrendamiento, compraventa y transformación, con construcción y promoción inmobiliaria en su caso. Estas actividades las podrá realizar directa o indirectamente a través de sociedades interpuestas con objeto social similar». Que el acuerdo de la Junta General de 27 de noviembre le dio la siguiente redacción: «Artículo Segundo.- Objeto Social.- Tiene por objeto la construcción de máquinas y útiles agrícolas, equipos hidráulicos, taller de cerrajería, fabricación de rejas, verjas y herrería en general. También tiene por objeto la explotación de inmuebles mediante su arrendamiento, compraventa y transformación, con construcción y promoción inmobiliaria en su caso. Y asimismo tiene por objeto la compra y venta de todo tipo de vehículos: turismos, industriales v agrícolas, tanto que sean nuevos como usados o de ocasión, la compraventa de grúas nuevas v usadas así como el montaje de las mismas, y la fabricación y montaje de equipos multibasculantes, carrocerías y contenedores. Estas actividades las podrá realizar directa o indirectamente a través de sociedades interpuestas con objeto social similar». Que la simple comparación de textos revela que se han añadido las actividades de compra y venta de vehículos, la compraventa de grúas nuevas y usadas y la fabricación y montaje de equipos multibasculantes, carrocerías y contenedores. Que este acuerdo implica una modificación sustancial del objeto. Que con anterioridad al 2 de octubre de 2011 el artículo 346 de la Ley de Sociedades de Capital solo reconocía el derecho de separación cuando se produjese una sustitución del objeto pero la Ley 25/2011 extendió el derecho al supuesto de modificación sustancial para dar así acogida a la doctrina del Tribunal Supremo. Que la modificación operada: Incluye actividades radicalmente diferentes a las existentes por lo que es previsible que parte del patrimonio tenga un destino distinto al inicialmente previsto. Que la Clasificación Nacional de Actividades Económicas brinda un criterio objetivo al considerar actividades distintas las anteriores y las incorporadas a los estatutos. Que la Ley del Impuesto del Valor Añadido considera actividades distintas a aquellas que lo sean conforme a la anterior Clasificación. 3.º Que cita en su apoyo la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2010, la de 10 de marzo de 2011 y la de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 26 de marzo de 2013.

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; artículo 346 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital; artículo 85 de la Ley de 17 de julio 1951, sobre régimen jurídico de las Sociedades Anónimas; artículo 147 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas; artículo 95 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitadas y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil así como las sentencias y resoluciones citadas en el texto.

1. Es doctrina de esta Dirección General (*vide* resoluciones de 2 de noviembre de 2010 y de 7 de febrero de 2012), 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 solo 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 artículo 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».

2. Así conceptualizado, el derecho de separación ha tenido reconocimiento en nuestro ordenamiento desde que lo recogiera el artículo 85 de la antigua Ley de Sociedades Anónimas de 1951, de donde pasó al artículo 147 de la Ley de 1989, al artículo 95 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1996 y al vigente artículo 346 de la Ley de Sociedades de Capital (reformado en este punto por la Ley 25/2011, de 1 de agosto), que ya no habla de «cambio de objeto» ni tampoco de «sustitución de objeto», sino de «sustitución o modificación sustancial del objeto social».

Se hace eco así de la doctrina de nuestro Tribunal Supremo que afirma que el derecho de separación derivado de la modificación del objeto social debe ponerse «en relación con el fin de la norma, que no es otro que respetar la voluntad del socio que ingresó en una sociedad que explotaba un determinado negocio, admitiendo que condicione su permanencia a la de la finalidad objetiva que fue la base de su relación con aquella», añadiendo a continuación que «No habrá sustitución cuando la modificación, por adición o supresión, resulte intrascendente desde aquel punto de vista y, menos, en los casos

de mera concreción o especificación de las actividades descritas en los estatutos, pero sí cuando se produzca una mutación de los presupuestos objetivamente determinantes de la adhesión del socio a la sociedad, como consecuencia de una transformación sustancial del objeto de la misma que lo convierta en una realidad jurídica o económica distinta: caso de la eliminación de actividades esenciales, con mantenimiento de las secundarias; o de la adición de otras que, por su importancia económica, vayan a dar lugar a que una parte importante del patrimonio social tenga un destino distinto del previsto en los estatutos».

3. Así las cosas resulta con claridad que el recurso debe prosperar. De la comparación del texto estatutario antes y después de la modificación llevada a cabo por acuerdo de la Junta General (*vide* hechos), resulta que el nuevo texto, en relación con el anterior, añade lo siguiente: «Y asimismo tiene por objeto la compra y venta de todo tipo de vehículos: turismos, industriales y agrícolas, tanto que sean nuevos como usados o de ocasión, la compraventa de grúas nuevas y usadas así como el montaje de las mismas, y la fabricación y montaje de equipos multibasculantes, carrocerías y contenedores».

No estamos por tanto ante una mera clarificación o ante una especificación de un objeto que ya constaba en estatutos sino ante la adición de unas actividades a las que antes no se dedicaba la sociedad y cuya realización no podía derivarse o deducirse de la previa disposición sobre el objeto. A las actividades inscritas de construcción de maquinaria, útiles agrícolas y equipos hidráulicos, de herrería en general y explotación de inmuebles se añaden las actividades de compraventa de vehículos, de compraventa de grúas y su montaje y de fabricación y montaje de equipos multibasculantes, carrocerías y contenedores, actividades todas ellas que no pueden subsumirse en las anteriores ni considerarse un mero desarrollo de las ya inscritas en el Registro Mercantil. Se dan en definitiva las condiciones necesarias para considerar que existe derecho de separación por modificación del objeto inscrito en los términos que exige nuestro ordenamiento conforme a la interpretación que del mismo hace nuestro Tribunal Supremo.

4. Por último esta Dirección considera conveniente aclarar que el derecho de separación surge en beneficio del socio disidente como consecuencia de su falta de apoyo a la modificación operada por el acuerdo de la Junta General; y que cualquiera que sea su participación en el capital social de la sociedad (cuestión que no es objeto de este expediente), el socio tiene derecho de separación pues su ejercicio no se condiciona a la tenencia de un porcentaje determinado de participaciones sino a la mera condición de socio.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Sevilla núm. III, don Juan Ignacio Madrid Alonso de fecha 18 de marzo de 2015.

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

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

Madrid, 14 de mayo de 2015.—Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállico.—Sr. Registrador Mercantil de Sevilla.

Resolución de 14 de mayo de 2015 (2.ª)

En el expediente 47/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Rally Sports Bersus, S.L.».

HECHOS

I

Don, actuando como representante legal de María Nieves Nieves, presentó un escrito de fecha 12 de marzo de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Santiago de Compostela, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular su representada de más del 5% del capital social de «Rally Sports Bersus, S.L.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la Junta General celebrada el día 24 de julio de 2014 nombró auditor a determinada persona como consta en la copia del acta notarial, por lo que no es de aplicación el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital.

III

El registrador mercantil de Santiago de Compostela, don, dictó Resolución en fecha 27 de marzo de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado por no resultar el nombramiento anterior de la sociedad de documento fehaciente ni tampoco la aceptación, añadiendo que la previsión de nombramiento de auditor no estaba en el orden del día de la Junta que lo designó y por no designar suplente al tratarse de persona física.

IV

Don, como administrador solidario, por escrito de fecha 16 de abril de 2015, que tuvo entrada el día 20 siguiente en el Registro Mercantil de Santiago de Compostela, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, afirmando que no es cierto que no se haya acreditado el nombramiento anterior pues así resulta de la copia del acta aportada como no es cierto que el nombramiento no constase en el orden del día. Que la aceptación del auditor solo es preciso acreditarla cuando el nombramiento lo lleva a cabo el propio Registro pero no cuando lo hace la propia sociedad. Que aunque no se haya aportado copia autorizada del acta notarial de Junta General, no se ha impugnado su autenticidad ni dicha formalidad está regulada en el procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. El recurso no puede prosperar pues ninguna de las alegaciones que lleva a cabo la sociedad recurrente puede desvirtuar la conclusión a la que llega el registrador mercantil en la resolución impugnada relativa a que procede el nombramiento previsto en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

2. La cuestión planteada ha sido objeto de una dilatadísima doctrina de este Centro Directivo. De forma reiteradísima (Resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012 y 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, entre otras muchas), este Centro Directivo ha mantenido que la finalidad del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital es la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la estructura empresarial, para lo cual dicho artículo reconoce y regula el derecho a la verificación de la contabilidad social por un profesional independiente nombrado por el Registrador Mercantil a instancia de los socios que reúnan un mínimo de participaciones sociales o acciones equivalentes al 5% del capital social y siempre que presenten su solicitud en los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social.

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

Este criterio ha sido sancionado por la doctrina del Tribunal Supremo que en su sentencia de 9 de marzo de 2007, con cita de la doctrina de este Centro Directivo afirma: «La posibilidad de que, en las sociedades no sometidas a verificación obligatoria, la minoría acuda a la designación de un auditor por el Registro Mercantil trata de asegurar el control de las cuentas por un profesional independiente...pero no protege el hecho de que actúe un concreto y determinado profesional, creando una suerte de vinculación *in tuitu personae* entre la empresa o entidad y el profesional que recibe el encargo de llevar a efecto la revisión». Y más adelante continúa: «La designación se verifica no en razón de condiciones o circunstancias que puedan concurrir en un determinado profesional, sino por un mecanismo aleatorio que tiene por base una consideración de equivalencia o igualdad entre los profesionales inscritos en las listas». Para terminar afirmando que: «Hay que añadir a ello la consolidada opinión emitida reiteradas veces por la Dirección General de Registros y del Notariado...en orden a considerar que el derecho del accionista a solicitar la auditoría prevista en el artículo 205.2 LSA queda enervado por el encargo de una auditoría voluntariamente realizado por los administradores...estimándose indiferente el origen de la designación (Juez, Registrador, Órganos sociales), lo que viene razonándose en el sentido de que «dicho auditor ha de conducirse en sus actuaciones bajo estrictos y exclusivos criterios de independencia y de profesionalidad...ya que la finalidad del artículo 205.2 LSA no es que la auditoría se realice a instancia de un determinado socio sino que aquella efectivamente se realice y el socio pueda tener perfecto conocimiento de la contabilidad de la sociedad».

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

3. Corresponde a la sociedad cuya verificación contable se solicita acreditar mediante la aportación de la oportuna documentación, ya en el escrito de oposición ya en el recurso de alzada, no solo la designación de auditor y la aceptación de éste, sino también que se ha garantizado el derecho del socio al informe de auditoría. Por lo tanto, la carga de la prueba relativa a la concurrencia de los requisitos para que el nombramiento voluntario enerve la solicitud del socio recae sobre la sociedad recurrente.

Esta Dirección ha reiterado en numerosas ocasiones que el procedimiento de designación de auditor a instancia de la minoría se caracteriza por su falta de rigorismo formal (*vide* por todas, resolución de 21 de julio de 2010), por lo que ha mantenido que basta la aportación de copias de los documentos en que apoyen sus pretensiones las partes ya que no constituye el objeto de este pro-

cedimiento ni puede dilucidarse dentro del mismo cuestiones que, como la autenticidad de la documentación aportada, no corresponde a esta Administración decidir.

4. En el expediente que da lugar a la presente la sociedad alega la existencia de un previo nombramiento llevado a cabo por acuerdo de la Junta General. Es cierto que la doctrina de esta Dirección General había venido exigiendo que la fecha anterior de nombramiento resultase de forma fehaciente, pero 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 este sentido la sociedad recurrente acredita que la designación de auditor voluntario de auditor fue anterior a la entrada en el registro Mercantil de la solicitud del socio. 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.

Dicha circunstancia es sin embargo insuficiente pues aunque el acuerdo de la Junta General es claramente anterior a la solicitud no resulta acreditado, como señala el registrador mercantil, que el designado haya aceptado el encargo y que haya nacido la relación contractual exigida por la legislación de auditoría. Como resulta del artículo 8 del Real Decreto 1517/2011, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas: «Con carácter previo al inicio de la realización del trabajo de auditoría, deberá suscribirse un contrato de auditoría entre la entidad auditada y el auditor de cuentas». No basta en consecuencia con acreditar el hecho de la designación sino que es preciso acreditar que la relación contractual ha surgido por la concurrencia del consentimiento de las partes. Así resulta de los artículos 141 y 154 del Reglamento del Registro Mercantil aplicables a la inscripción de cualquier nombramiento de auditores y no, como pretende el escrito de recurso, a la inscripción de auditores nombrados por el registrador mercantil (*vide* art. 153 del propio Reglamento del Registro Mercantil).

5. Aunque así no hubiera sido tampoco procedería la estimación del recurso. Como resulta de las consideraciones anteriores no basta con acreditar la designación de un auditor con carácter previo a la solicitud del socio minoritario sino que además, es preciso que se garantice por alguno de los medios descritos que el interés protegible amparado por la norma no se verá frustrado. La falta en el expediente de acreditación por parte de la sociedad de cualquier iniciativa al respecto lleva inexorablemente a la desestimación de su pretensión de revocación.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Santiago de Compostela, don Juan Carlos González Nieto de fecha 27 de marzo de 2015.

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

Madrid, 14 de mayo de 2015.—Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállico.—Sr. Registrador Mercantil de Santiago de Compostela.

Resolución de 14 de mayo de 2015 (3.ª)

En el expediente 49/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Embutidos Farcedo, S.L.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito de fecha 20 de febrero de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Badajoz, en el que tuvo su entrada el día 18 de marzo de 2015, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Embutidos Farcedo, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que los dos únicos socios de la sociedad acordaron en Junta celebrada el día 25 de agosto de 2014 proceder al nombramiento de un auditor para verificar las cuentas de dicho ejercicio sin que hasta la fecha y a pesar de los numerosos intentos se haya alcanzado un acuerdo. Que no procede el nombramiento por el registrador mercantil siendo preferible que sean los socios quienes hagan la designación.

III

El registrador mercantil de Badajoz, don Juan Enrique Pérez y Martín dictó resolución en fecha 30 de marzo de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don, como administrador único de la sociedad, por escrito de fecha 23 de abril de 2015, que tuvo entrada el día siguiente en el Registro Mercantil de Badajoz, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos, añadiendo que la actuación del socio es contrario al principio de buena fe.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. Es evidente que el recurso no puede prosperar pues la mera declaración de intenciones manifestada por el recurrente no puede enervar el derecho individual de este a que por parte del registrador mercantil se designe un auditor para la verificación de las cuentas anuales del último ejercicio. De forma reiteradísima (Resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012 y 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, entre otras muchas), este Centro Directivo ha mantenido que la finalidad del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital es la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la estructura empresarial, para lo cual dicho artículo reconoce y regula el derecho a la verificación de la contabilidad social por un profesional independiente nombrado por el Registrador Mercantil a instancia de los socios que reúnan un mínimo de participaciones sociales o acciones equivalentes al 5% del capital social y siempre que presenten su solicitud en los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social.

Como excepción a esta regla general, este Centro Directivo ha reconocido desde antiguo el hecho de que, dados los principios de objetividad, independencia e imparcialidad que presiden la actividad auditora, no frustra el derecho del socio el origen del nombramiento, ya sea éste judicial, registral o voluntario, puesto que el auditor, como profesional independiente, inscrito en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas, ha de realizar su actividad 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 personae* entre la empresa o entidad y el profesional que recibe el encargo de llevar a efecto la revisión». Y más adelante continúa: «La designación se verifica no en razón de condiciones o circunstancias que puedan concurrir en un determinado profesional, sino por un mecanismo aleatorio que tiene por base una consideración de equivalencia o igualdad entre los profesionales inscritos en las listas». Para terminar afirmando que: «Hay que añadir a ello la consolidada opinión emitida reiteradas veces por la Dirección General de Registros y del Notariado... en orden a considerar que el derecho del accionista a solicitar la auditoría prevista en el artículo 205.2 LSA queda enervado por el encargo de una auditoría voluntariamente realizado por los administradores... estimándose indiferente el origen de la designación (Juez, Registrador, Órganos sociales), lo que viene razonándose en el sentido de que «dicho auditor ha de conducirse en sus actuaciones bajo estrictos y exclusivos criterios de independencia y de profesionalidad... ya que la finalidad del artículo 265.2 LSA no es que la auditoría se realice a instancia de un determinado socio sino que aquella efectivamente se realice y el socio pueda tener perfecto conocimiento de la contabilidad de la sociedad».

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

2. Como resulta del propio escrito de recurso, la sociedad reconoce que no existe auditor nombrado, que lo único que existe es un acuerdo para que se lleve a cabo. La falta de acreditación de la existencia de un nombramiento de auditor voluntario y de la existencia de medidas que garanticen que el interés protegible del socio minoritario sea salvaguardado abocan a la desestimación del motivo de recurso.

3. La misma suerte ha de seguir el motivo que hace referencia a que la conducta del socio no es conforme con las exigencias de la buena fe. Al respecto es doctrina muy consolidada de esta Dirección que siendo indiscutible

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

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

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Badajoz, don Juan Enrique Pérez y Martín de fecha 30 de marzo de 2015.

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

Madrid, 14 de mayo de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador Mercantil de Badajoz.

Resolución de 14 de mayo de 2015 (4.ª)

En el expediente 50/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Objetos de Arte Toledano y Sucesores, S.L.».

HECHOS

I

Don en representación como administrador único de la sociedad «Inmuebles CLC, S.L.», presentó un escrito de fecha 15 de enero de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 23 inmediato posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular su representada de más del 5% del capital social de «Objetos de Arte Toledano y Sucesores, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la sociedad atraviesa un grave conflicto que impide se celebren las Juntas Generales salvo por convocatoria judicial. 2.º Que el ejercicio 2013 fue auditado por persona designada por el Registro Mercantil de Madrid. Que en previsión de que volviera a ocurrir se decidió nombrar un auditor en fecha 22 de septiembre de 2014 para la verificación de las cuentas de 2014, 2015 y 2016 firmando un contrato con la firma «Morison AC, S.L.P.». Que la sociedad auditora ya ha desarrollado los trabajos preliminares tomando como referencia los estados financieros a 30 de septiembre de 2014. 3.º Que la falta de inscripción en el Registro Mercantil obedece a la imposibilidad de convocar Junta y proceder a la aprobación de acuerdos.

Al escrito de oposición se acompaña un documento de encargo de fecha 16 de septiembre de 2014 firmado por ambas partes, el documento preparatorio del contrato de auditoría firmado también por ambas partes y fechado el día 22 de septiembre de 2014 y el propio contrato de auditoría de 9 de diciembre de 2014, así como otra documentación de apoyo.

III

La registradora mercantil de Madrid núm. 7 doña María Dolores Estella Hoyos, ofició a la sociedad a fin de que acreditara, dado que se considera probado el carácter previo del nombramiento llevado a cabo por la sociedad, que se ha garantizado el derecho del socio bien mediante la inscripción del nombramiento en el Registro Mercantil, acreditando la entrega del informe de verificación al socio minoritario bien incorporándolo al expediente.

La sociedad presentó un escrito del que resulta que había presentado a inscripción el nombramiento de auditor voluntario.

La registradora mercantil de Madrid núm. VI doña María Victoria Arizmendi Gutiérrez, ante el hecho de que la solicitud de inscripción de nombramiento fue calificada con defectos, requirió a la sociedad a fin de que acreditase la entrega del informe de verificación al socio minoritario o bien su entrega para incorporarlo al expediente.

La sociedad presentó nuevo escrito de alegaciones firmado por los dos administradores mancomunados dony doña....., en el que pusieron de manifiesto: 1.º Que la hoja de la sociedad se encuentra cerrada por falta de depósito de las cuentas de los ejercicios 2012 y 2013 derivada de la imposibilidad de convocar Junta General de socios. 2.º Que el solicitante, hermano de los anteriores, actúa como representante de la sociedad «Inmuebles CLC S.L.», si bien es también administrador mancomunado de la sociedad por lo que su conducta no puede desconectarse de la situación producida. 3.º Que la situación de conflicto

existente ha hecho imposible desde hace más de dos años una reunión de los tres administradores mancomunados impidiendo la válida convocatoria de Junta. Que a fin de superar la situación se requirió notarialmente a don a fin de celebrar dicha reunión. Que no acudió a la reunión convocada por lo que se ha solicitado del Juzgado convocatoria judicial de Junta. Que se acompaña copia del acta notarial. 3.º Que los derechos del socio han quedado garantizados mediante la convocatoria a la reunión de los tres administradores mancomunados por lo que resulta torticero que quien impide la válida reunión de la sociedad haga la solicitud de nombramiento de auditor. 4.º Que los administradores que sí actúan de consuno llevaron a cabo la designación de auditor para la verificación de los ejercicios 2014, 2015 y 2016 pese a no ser sociedad obligada.

IV

La registradora mercantil de Madrid núm. VI, doña María Victoria Arizmendi Gutiérrez dictó Resolución en fecha 31 de marzo de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

V

Don y doña....., como administradores mancomunados, por escrito de fecha 20 de abril de 2015, que tuvo entrada el día siguiente en el Registro Mercantil de Madrid, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. El recurso no puede prosperar pues no se ha acreditado debidamente que existe justa causa para enervar el derecho que al socio minoritario reconoce el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. De forma reiteradísima (Resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012 y 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, entre otras muchas), este Centro Directivo ha mantenido que la finalidad del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital es la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la estructura empresarial, para lo cual dicho artículo reconoce y regula el derecho a la verificación de la contabilidad social por un profesional independiente nombrado por el Registrador Mercantil a instancia de los socios que reúnan un mínimo de participaciones sociales o acciones equivalentes al 5% del capital social y siempre que presenten su solicitud en los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social.

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

Este criterio ha sido sancionado por la doctrina del Tribunal Supremo que en su sentencia de 9 de marzo de 2007, con cita de la doctrina de este Centro Directivo afirma: «La posibilidad de que, en las sociedades no sometidas a verificación obligatoria, la minoría acuda a la designación de un auditor por el Registro Mercantil trata de asegurar el control de las cuentas por un profesional independiente... pero no protege el hecho de que actúe un concreto y determinado profesional, creando una suerte de vinculación *in tuitu personae* entre la empresa o entidad y el profesional que recibe el encargo de llevar a efecto la revisión». Y más adelante continúa: «La designación se verifica no en razón de condiciones o circunstancias que puedan concurrir en un determinado profesional, sino por un mecanismo aleatorio que tiene por base una consideración de equivalencia o igualdad entre los profesionales inscritos en las listas». Para terminar afirmando que: «Hay que añadir a ello la consolidada opinión emitida reiteradas veces por la Dirección General de Registros y del Notariado... en orden a considerar que el derecho del accionista a solicitar la auditoría prevista en el artículo 205.2 LSA queda enervado por el encargo de una auditoría voluntariamente realizado por los administradores... estimándose indiferente el origen de la designación (Juez, Registrador, Órganos sociales), lo que viene razonándose en el sentido de que «dicho auditor ha de conducirse en sus actuaciones bajo estrictos y exclusivos criterios de independencia y de profesionalidad...ya que la finalidad del artículo 205.2 LSA no es que la auditoría se realice a instancia de un determinado socio sino que aquella efectivamente se realice y el socio pueda tener perfecto conocimiento de la contabilidad de la sociedad».

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

2. En el supuesto de hecho que da lugar a la presente la registradora mercantil ha entendido indubitado que el nombramiento por parte de la sociedad es anterior a la solicitud del socio minoritario y ha obrado en consecuencia solicitando a la sociedad que acreditara el modo en que se garantizaba el interés protegible. La sociedad aduce que dada la situación de conflicto no podía obtener la inscripción en el Registro Mercantil del nombramiento de auditor

voluntario por hallarse cerrada la hoja social conforme a la disposición del artículo 282 de la Ley de Sociedades de Capital.

Este Centro Directivo ha declarado, como se ha puesto de relieve más arriba, que a falta de inscripción es preciso o bien aportar el informe de verificación al expediente o bien acreditar que se ha puesto a disposición del socio minoritario. Ninguna de las posibilidades se ha acreditado.

Es cierto que las cuentas han de formularse en el plazo de tres meses desde el cierre del ejercicio social como lo es que los trabajos de auditoría precisan de un plazo razonable para llevarse a cabo, pero no lo es menos que solo si la sociedad actúa con la máxima diligencia e instruye en el mismo sentido al auditor nombrado pueden darse las condiciones para que el derecho individual del socio minoritario deba ceder ante la evidencia de que su posición es respetada. Mientras no sea así, solo procede reiterar la prevalencia del derecho del socio a que un auditor nombrado por el registrador mercantil verifique las cuentas anuales.

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

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

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Madrid núm. VI, doña María Victoria Arizmendi Gutiérrez de fecha 31 de marzo de 2015.

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

a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 14 de mayo de 2015.—Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállico.—Sr. Registrador Mercantil núm. VI de Madrid.

Resolución de 18 de mayo de 2015 (1.^a)

En el expediente 22/2015 sobre nombramiento de auditor nombrado a instancia de una socia de la mercantil «Construcciones Peláez, S.A.».

HECHOS

I

Doña, presentó un escrito de fecha 2 de enero de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Burgos, en el que tuvo su entrada el día 7 de enero de 2015, en el que solicitó, al amparo de los artículos 263 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital y como titular del 29% del capital social de «Construcciones Peláez, S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

No habiéndose formulado oposición por parte de la sociedad, el Registrador Mercantil de Burgos dictó resolución en fecha 28 de enero de 2015, por la que acordó desestimar la solicitud de nombramiento de auditor.

III

Doña, presentó un escrito suscrito el día 13 de febrero de 2015, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Burgos, mediante el cual interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, por las siguientes razones: 1.º La junta de accionistas es el único órgano legitimado para el nombramiento de auditores. El administrador por sí solo no puede decidir sobre el nombramiento de auditores. 2.º Si la sociedad puede presentar balance abreviado, aunque tenga nombrado e inscrito un auditor con carácter voluntario, no es obligatorio el informe de éste para el depósito de cuentas. La circunstancia de que la sociedad tenga un auditor nombrado voluntariamente no implica que se vaya a realizar la auditoría de cuentas del ejercicio. 3.º La única forma de auditar las cuentas de una sociedad no obligada es mediante el nombramiento de auditor a instancia de la minoría. El que la sociedad haya nombrado un auditor no excluye que los accionistas minoritarios soliciten un auditor de cuentas conforme a derecho. 4.º La sociedad no se ha

opuesto al nombramiento de auditor, debiendo el Registrador estimar la solicitud. El nombramiento de auditor por el administrador o por el registrador mercantil no garantiza los derechos de los accionistas ni de terceros. En los años 2012, 2013 y 2014 los accionistas solicitaron al Registro Mercantil el nombramiento de auditor para la verificación de las cuentas de los ejercicios 2012, 2013 y 2014, sin que las mismas hayan sido auditadas.

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; 6 y 350 siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

1. Con carácter previo al examen de las alegaciones aducidas en el escrito de recurso, es preciso aclarar que el artículo 265.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital permite al socio que reúna acciones equivalentes al 5% del capital social, solicitar al Registrador Mercantil del domicilio social el nombramiento de auditor siempre que no hubieren transcurrido tres meses desde la fecha de cierre del ejercicio social. Tiene por finalidad reforzar la posición dentro de la estructura empresarial.

Como excepción a esta regla, este Centro Directivo ha reconocido el hecho de que, dado los principios de objetividad, independencia e imparcialidad que presiden la actividad auditora, no frustra el derecho del socio el origen del nombramiento, ya sea éste judicial, registral o voluntario, es decir acordado por la administración de la sociedad –en los casos en que ésta pueda presentar balance abreviado– puesto que el auditor, como profesional independiente, inscrito en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas, ha de realizar su actividad conforme a las normas legales, reglamentarias y técnicas que regulan la actividad auditora.

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

En el presente caso queda acreditado el cumplimiento de ambos requisitos ya que consta inscrito (inscripción 16.^a), en la hoja abierta a la sociedad en el Registro Mercantil de Burgos, el nombramiento voluntario de auditor, lo cual implica, no solo que el nombramiento se efectuó con anterioridad a la presentación de la instancia del socio y del recurso, sino también que se garantiza el derecho de la accionista a la auditoría.

Acreditado que ha existido nombramiento anterior de auditor por parte de la sociedad para la verificación de las cuentas del ejercicio 2014 que demanda la accionista y que se ha inscrito en el Registro Mercantil de Burgos, es forzoso reconocer que, como resulta de las consideraciones anteriores, su derecho a que se revisen las cuentas ha sido respetado. Las vicisitudes que puedan producirse con posterioridad, de producirse, deberán ventilarse ante la autoridad administrativa o judicial competente.

Así, la legislación de auditoría establece que los auditores, en el ejercicio de su función, están sujetos al sistema de supervisión pública y control de su actividad, labor que la propia Ley encomienda al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (arts. 27 y 28 de Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas). Entre sus competencias se encuentra no solo el control de calidad de las actividades ejercidas por los auditores sino también las de control de la actividad de auditoría de cuentas y el ejercicio de la potestad disciplinaria. A tal efecto y en la materia concreta que nos ocupa los auditores están sujetos a un régimen severo de obligaciones (*vide* arts. 13 y siguientes de su Ley reguladora), cuyo incumplimiento está tipificado como falta administrativa muy grave o grave (*vide* arts. 33 y 34 de la Ley).

La objetividad, imparcialidad e independencia del auditor de cuentas son principios vertebradores de la actividad auditora y quedan salvaguardados por la Ley de Auditoría de Cuentas así como por su Reglamento de Ejecución y las Normas Técnicas de Auditoría. El artículo 11 de la Ley de Auditoría encomienda a los propios auditores el deber de abstenerse en los supuestos en que puedan incurrir en causa de incompatibilidad atribuyendo al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas la competencia de velar por el adecuado cumplimiento del deber de independencia, así como de valorar en cada trabajo concreto la posible falta de independencia de un auditor de cuentas o sociedad de auditoría.

Si los interesados creen vulnerados dichos principios siempre podrán ejercitar las acciones administrativas de responsabilidad disciplinaria ante el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.

De este modo 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.

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

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

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

2. No puede ser admitida la primera causa de recurso consistente en que el administrador, por sí solo, no puede decidir sobre el nombramiento voluntario de auditor, aduciendo que el único órgano competente para ello es la Junta de Accionistas. Si bien es cierto que el artículo 160 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital declara que la junta general es competente, entre otros asuntos, para deliberar y acordar el nombramiento de auditores de cuentas, no lo es menos que, del artículo 209 del citado Texto Refundido resulta que el órgano de administración puede designar auditor para la verificación de las cuentas anuales como un acto de gestión incluido dentro del ámbito de su actuación, en cuanto propio de la llevanza ordinaria de los asuntos propios que exija el desenvolvimiento del objeto social.

3. Del mismo modo no es fundamento hábil para revocar la resolución recurrida la segunda de las razones esgrimidas por el recurrente por los motivos y en base a los fundamentos señalados al inicio de la presente resolución.

4. Tampoco puede ser estimada el tercero de los motivos de recurso, ya que, como se fundamentó al resolver sobre la primera causa de recurso, el nombramiento de auditor puede ser decidido, entre otros, por el órgano de administración como un acto de gestión.

La recurrente alega que, al no haber presentado la sociedad escrito de oposición, el Registrador Mercantil debe estimar la solicitud de nombramiento de auditor. Sin embargo, dicho argumento no puede sostenerse puesto que el Registrador, conforme al artículo 6 del Reglamento del Registro Mercantil debe calificar bajo su responsabilidad además de la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase en cuya virtud se solicita la inscripción, la capacidad y legitimación de los que los otorguen o suscriban así como la validez de su contenido, y ello en base no solo por lo que resulta de dichos documentos sino también por lo que resulta de los asientos del Registro. De todo ello se deriva que el Registrador no puede proceder sin más al nombramiento de auditor cuando de los asientos practicados consta que ya se ha nombrado auditor de para que verifique las cuentas del ejercicio 2014, debiendo ser confirmada la actuación del Registrador Mercantil de Burgos puesto que, como se ha justificado anteriormente, es doctrina reiterada de este Centro Directivo el que el nombramiento voluntario de auditor, siempre que cumpla las exigencias ya citadas, enerva el derecho del socio a solicitar auditor.

Cuestión distinta es la planteada en este recurso y que se refiere al hecho de que a pesar del nombramiento voluntario de auditor por la sociedad y a su inscripción en el Registro Mercantil las cuentas no hayan sido objeto de verificación en ejercicios anteriores, cuestión que, como se ha reiterado en los

considerandos anteriores, escapa de lo que puede constituir el objeto de este expediente.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Burgos, Don Ramón Vicente Modesto Caballero, de fecha 28 de enero de 2015.

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

Madrid, 18 de mayo de 2015.—Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.—Sr. Registrador Mercantil de Burgos.

Resolución de 18 de mayo de 2015 (2.ª)

En el expediente 48/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Soyami Inversiones, S.L.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito de fecha 16 de marzo de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Soyami Inversiones, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

El solicitante hace constar en su instancia que solicitó en su día nombramiento de auditor para el ejercicio 2012. Que tiene impugnados judicialmente los acuerdos de la Junta General adoptados en sus sesiones de 10 de julio de 2013 y 10 de marzo de 2014, habiéndose incoado los autos de procedimiento ordinario núm. 313/2013 ante el Juzgado núm. 9 de Madrid. Que respecto al ejercicio 2013 también solicitó en su día el nombramiento de auditor. Que ante la falta sistemática de información es por lo que lleva a cabo la solicitud.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que el solicitante carece de legitimación al ostentar una participación inferior al mínimo legal por ser del 1,5% sobre el total capital social. Que así resulta de la escritura de ampliación de capital autorizada por el notario de Madrid don, que consta inscrita en el Registro Mercantil. Que sobre un capital inscrito de 147.518 euros dividido en 147.518 participaciones de un euro, el solicitante es titular de 2210 participaciones lo que supone un 1,5% del total. Que se acompaña copia de la escritura y certificado emitido por el administrador de la sociedad concordante con lo anterior. 2.º Que aunque es cierto que el señor ha impugnado los acuerdos adoptados en las Juntas de 10 de julio de 2013 y de 10 de marzo de 2014, lo cierto es que no ha solicitado medida cautelar alguna de suspensión de los acuerdos por lo que los acuerdos son plenamente eficaces.

III

El registrador mercantil de Madrid núm. 14, don, dictó Resolución en fecha 27 de marzo de 2015 por la que acordó admitir la oposición y desestimar el nombramiento del auditor solicitado.

IV

Doña Magdalena Entrenas Angulo, letrada que actúa como representante del instante, por escrito de fecha 23 de abril de 2015, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Madrid, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de solicitud y acompañando copia de la demanda de impugnación de los acuerdos más arriba referenciados y del decreto de admisión de la demanda.

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. Como ha reiterado esta Dirección (Resoluciones de 22 de septiembre de 2012, 13 de mayo y 20 de diciembre de 2013 y 31 de enero, 5 de agosto, 1 de octubre y 10 de diciembre de 2014, entre las más recientes), procede la suspensión del procedimiento cuando, con anterioridad a la presentación de la instancia del socio en el Registro Mercantil solicitando la auditoría, se está discutiendo en vía judicial su legitimación, bien porque se discuta su condición de socio, bien para discutir si el solicitante es titular de participaciones concretas, bien para determinar si el solicitante es titular de un porcentaje

sobre un conjunto de ellas bien, como ahora se hace, porque se discuta el porcentaje específico de participación en el capital social. El hecho de que el conocimiento de la cuestión debatida este siendo ejercitada por los Tribunales impide que esta Dirección se pronuncie en tanto no exista una resolución judicial firme al respecto.

2. En el caso presente, acreditado en el expediente que con anterioridad a la presentación de la solicitud de verificación de cuentas en el Registro Mercantil de Madrid, existía litispendencia en torno a la legitimación por haberse planteado ante el Juzgado competente demanda sobre la validez de acuerdos sociales de los que depende aquella, procede declarar en suspenso la tramitación del expediente hasta que la exigida legitimación haya sido definitivamente aclarada mediante sentencia firme dictada en el pleito civil correspondiente, en el entendimiento de que, si se declara en sede judicial la improcedencia de la demanda sobre la validez de los acuerdos, la decisión del registrador mercantil de Madrid quedaría definitivamente confirmada y viceversa.

No es óbice el hecho de que los acuerdos impugnados se encuentren inscritos en el Registro Mercantil pues la presunción de validez y exactitud que proclama el artículo 20 del Código de Comercio admite prueba en contrario mediante el ejercicio, como en el caso presente, de la oportuna demanda judicial sin que pueda confundirse dicha circunstancia con la protección que frente a terceros otorga el llamado principio de fe pública registral (tercero en ningún caso es la sociedad frente a la que se ejercita la acción).

Tampoco es óbice que no se hayan acordado medidas provisionales en el ámbito del procedimiento pues, con independencia de los efectos que dicha circunstancia pueda provocar frente a terceros, lo cierto es que en el ámbito de este procedimiento se ha puesto de manifiesto que la existencia de un interés protegible frente a la sociedad depende del resultado de un proceso por lo que, a los solos efectos de determinar en ésta vía si procede o no la protección de dicho interés, es preciso suspender el procedimiento en tanto dicha cuestión no quede resuelta.

En definitiva, acreditado en el expediente la existencia de una demanda que, de prosperar, 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.

3. De acuerdo a lo que resulta de las consideraciones anteriores esta Dirección General resuelve:

1.º Se deja sin efecto la resolución del registrador mercantil de Madrid núm. XIV, don Miguel Seoane de la Parra de fecha 27 de marzo de 2015.

2.º Se retrotrae el expediente a la fase de instrucción, en concreto al momento anterior a la resolución que se deja sin efecto, con el fin de que el

registrador mercantil, en atención a las circunstancias expuestas, resuelva lo que proceda de conformidad con la doctrina expuesta más arriba.

3.º Devolver el expediente al registrador mercantil a fin de que se lleven a cabo las anteriores diligencias.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Madrid núm. XIV, don Miguel Seoane de la Parra de fecha 27 de marzo de 2015 en los términos que resultan de las consideraciones anteriores.

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

Madrid, 18 de mayo de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador Mercantil núm. XIV de Madrid.

Resolución de 22 de mayo de 2015 (1.ª)

En el expediente 15/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de don, socio de «Moblat, S.L.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito de fecha 14 de enero de 2015, 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 «Moblat, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando que el socio había tenido información suficiente y que el objetivo de la solicitud es recabar información para fines ajenos al funcionamiento de la sociedad.

III

El Registrador Mercantil núm. IV de Valencia, don Luis Orts Herranz dictó Resolución en fecha 9 de febrero de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don, como administrador único de la sociedad, por escrito de fecha 26 de febrero de 2015, que tuvo entrada el 2 de marzo de 2015 en el Registro Mercantil de Valencia, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos y añadiendo que ejercicio del derecho debe de ampararse en la diligencia y en la buena fe del socio, no amparando la Ley el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo, produciendo un daño la solicitud de auditoría contra la sociedad al tener que sufragar los costes de la auditoría.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. Respecto a la alegación consistente en que el socio había tenido información contable suficiente y que el objetivo de la solicitud es recabar información para fines ajenos al funcionamiento de la sociedad, este Centro Directivo recuerda que el derecho del socio minoritario a solicitar auditoría de cuentas que verifique las cuentas de la sociedad de la que forma parte, es un derecho independiente al posible conocimiento del socio de la situación financiera o contable de la sociedad. Este derecho por lo tanto es distinto aunque complementario del anterior no siendo una medida excepcional, sino tan solo un derecho reconocido al socio en el que concurren los requisitos de capital y tiempo recogidos en la Ley.

2. Asimismo, existe abundantísima doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado señalando que resulta imposible analizar en este trámite, dado lo limitado del conocimiento que tiene atribuido, las razones o motivaciones que llevan al accionista a requerir el nombramiento ya que, si bien es cierto que estas motivaciones no serán siempre legítimas y que en nuestro ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización de buena fe (art. 7 del Código Civil) y no ampara, por el contrario, el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo, también es cierto que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no pueden

presumirse nunca, sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil (art. 1.902 del Código Civil) para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010, entre otras).

3. Respecto al posible perjuicio económico de la sociedad por la solicitud de auditoría tampoco puede estimarse como causa de oposición, pues los costes de la auditoría, por disposición expresa de la Ley y sin que quepa margen interpretativo alguno, corren siempre a cargo de la sociedad cualquiera que sea la situación económica en que se encuentre.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil núm. IV de Valencia, don Luis Orts Herranz, de fecha 9 de febrero de 2015.

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

Madrid, 22 de mayo de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador Mercantil núm. IV de Valencia.

Resolución de 22 de mayo de 2015 (2.ª)

En el expediente 20/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Cadepajo, S.A.».

HECHOS

I

Don y don, presentaron un escrito de fecha 6 febrero 2015, dirigido al Registro Mercantil de Valladolid, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que se solicitó, 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 «Cadepajo, S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando que ya tenía nombrado auditor de cuentas para los ejercicios 2014 a 2016 habiendo designado a la firma Vahn Auditores, sin otra afirmación por la entidad.

III

La Registradora Mercantil de Valladolid, doña María Esther Pérez Ruiz, dictó Resolución en fecha 3 de marzo de 2015 por la que acordó desestimar la solicitud formulada por los recurrentes admitiendo por lo tanto la causa de oposición de la sociedad.

IV

Don y don, por escrito de fecha 20 de marzo de 2015, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Valladolid, interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, alegando: 1.º Que el escrito de oposición de la sociedad es extemporáneo al haberse presentado en el sexto día de la notificación por el Registrador Mercantil. 2.º Que la sociedad no ha acreditado el nombramiento del auditor. 3.º Que la solicitud de los recurrentes fue anterior al nombramiento de auditor por parte de la sociedad al haberse solicitado el 6 de febrero de 2015 y su legitimación de firma de fecha 12 de febrero del mismo año añadiendo que se debería haber exigido que el nombramiento lo hiciera la Junta General y no el administrador de la sociedad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil así como las resoluciones citadas en el texto y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de mayo de 1993, 19 de julio de 1994 y, como más recientes, las de 4 de octubre y 30 de noviembre de 2005, 15 de abril de 2010 y la de 3 de enero de 2011.

1. Con carácter previo, se ha de señalar que los requisitos legales exigidos por el artículo 264 de la Ley de Sociedades de Capital, relativos al órgano social que apruebe el nombramiento de auditor de cuentas, así como los términos para realizar dicho nombramiento y su duración, solo son de obligado cumplimiento en aquellas sociedades que no pueden presentar en el Registro Mercantil sus cuentas en forma abreviada y que, por tanto, están obligadas por ley a la verificación contable. Fuera de estos supuestos la sociedad puede, a través de su órgano de administración, contratar los servicios de un auditor de cuentas, si lo considera necesario para la buena marcha de la empresa, pues

este acto tiene la naturaleza propia de un acto de gestión y buena administración cuando se trata de sociedades no sujetas por ley a la obligación de auditar sus cuentas anuales.

2. Respecto a la causa de oposición basada en que la oposición de la sociedad se produjo el día sexto de la notificación por parte de la Registradora Mercantil, de la documentación aportada resulta que se realizó dentro de los cinco días, al seguirse el cómputo civil de plazos que cuenta los días enteros excluyendo el primero del cómputo, el cual deberá de empezar en el día siguiente (art. 5 del Código Civil y 60 del Código de Comercio).

3. Relativo a la hipotética no acreditación por parte de la sociedad del nombramiento de auditor, al tratarse de un nombramiento inscrito en el Registro Mercantil, la constancia en el mismo es prueba suficiente de lo alegado, bastando para acreditar tal extremo la comprobación de lo afirmado por el oponente (art. 20 del Código de Comercio).

4. Por lo demás señalar que no procede el nombramiento de auditor solicitado por la minoría, dado que, aunque, efectivamente, el socio reúne los requisitos de capital y tiempo legalmente exigidos para solicitarlo, su derecho ha quedado enervado al acreditar la sociedad que había nombrado con carácter previo un auditor para el ejercicio cuya auditoría se pretende y que este derecho ha quedado garantizado por la inscripción del mismo en el Registro Mercantil el 3 de marzo de 2015, causando la inscripción 7.^a en la hoja abierta a la sociedad.

De forma reiteradísima (Resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012 y 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, entre otras muchas), este Centro Directivo ha mantenido que la finalidad del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital es la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la estructura empresarial, para lo cual dicho artículo reconoce y regula el derecho a la verificación de la contabilidad social por un profesional independiente nombrado por el Registrador Mercantil a instancia de los socios que reúnan un mínimo de participaciones sociales o acciones equivalentes al 5% del capital social y siempre que presenten su solicitud en los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social.

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

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.

En el supuesto del expediente que motiva la presente concurren ambas circunstancias. Si bien es cierto que la doctrina de esta Dirección General había venido exigiendo que la fecha anterior de nombramiento resultase de forma fehaciente, lo cierto es que la más reciente doctrina ha entendido que si de la valoración conjunta de la documentación aportada resulta con claridad que el nombramiento voluntario por la sociedad es previo, debe prevalecer esta circunstancia (*vide* resoluciones, entre otras, de 1 y 23 de julio, 2 y 26 de septiembre, 7 de octubre y 2 de diciembre de 2013 y 24 de junio y 24 de octubre de 2014). En el supuesto de este expediente, resulta que la primera fecha fehaciente que resulta de los documentos es posterior a la presentación de la solicitud por el socio minoritario; no obstante, de una valoración conjunta de las pruebas, se llega a la conclusión de que el nombramiento sí fue previo a la solicitud presentada por el interesado. En este sentido la administración de la sociedad ha expresado que el nombramiento voluntario de auditor fue anterior a la entrada en el registro Mercantil de la solicitud del

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

En el supuesto de hecho consta debidamente inscrito el nombramiento voluntario de auditor. 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 garantizado en los términos que exige esta Dirección General (art. 1.3 de la Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas).

5. No pueden prosperar tampoco las alegaciones y consideraciones que el escrito de recurso realiza en torno a las intenciones de los administradores pues, como ha mantenido este Centro Directivo, el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar dichas intenciones, ya que, si bien es cierto que éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (*cf.* arts. 6 y 7 del Código Civil), también lo es que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución de la Registradora Mercantil de Valladolid doña María Esther Pérez Ruiz, de fecha 3 de marzo de 2015.

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

Madrid, 22 de mayo de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.–Sr. Registrador Mercantil de Valladolid.

Resolución de 22 de mayo de 2015 (3.ª)

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

HECHOS

I

Doña, como administradora solidaria de la sociedad «Royal Bridge España, S.L.», presentó un escrito de fecha 16 de enero de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Jaén, en el que tuvo su entrada el día 23 inmediatamente posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular su representada de más del 5% del capital social de «Hoteles Acebuche, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

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

El escrito de oposición es firmado por don, secretario del consejo de administración, quien actúa en representación de la sociedad señalando como domicilio para notificaciones y citaciones uno determinado de la ciudad de Girona.

III

La registradora de Jaén, mediante diligencia de mejor proveer de fecha 24 de febrero de 2015, considera acreditado el nombramiento voluntario de auditor, solicitando de la sociedad que justifique en el plazo legal: a) que el secretario del consejo que firma el escrito de oposición tiene facultades para hacerlo y b) que se ha garantizado el derecho del socio minoritario bien mediante la justificación de entrega del informe bien mediante su incorporación al expediente.

Esta diligencia, como la notificación de inicio del expediente a efectos de presentar oposición, fue notificada a la sociedad, en su domicilio social. En ambos casos, consta en el expediente acuse de recibo firmado en nombre del destinatario, la sociedad «Hoteles Acebuche, S.L.».

IV

La registradora mercantil de Jaén, doña María Belén López Espada dictó.

Resolución en fecha 17 de marzo de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

Consta en el expediente que la resolución fue notificada en el domicilio social con acuse de recibo el día 23 de marzo de 2015.

V

Don, por escrito de fecha 7 de abril de 2015, presentado ante esta Dirección General de los Registros y del Notariado el día 13 de abril de 2015 y que finalmente tuvo entrada el 23 de abril del mismo año en el Registro Mercantil de Jaén, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución en base a que no le consta la notificación de la diligencia para mejor proveer a la que se refiere la resolución de la registradora de 17 de marzo de 2015. Que en el escrito de impugnación se hizo constar un domicilio para notificaciones y citaciones. Que en consecuencia solicita dejar sin efecto la resolución de 17 de marzo de 2015 y que se le notifique debidamente la diligencia de mejor proveer en el domicilio designado con asignación de plazo suficiente para su cumplimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 59, 62, 89, 107 y 113 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil así como las resoluciones de fecha 15 de diciembre de 1998, 7 de noviembre de 2002, 20 de mayo y 17 de octubre de 2013 y 14 de enero de 2014.

1. El escrito de recurso plantea una cuestión procedimental que de ser atendida obviaría cualquier pronunciamiento sobre el fondo. En concreto, el recurrente alude a que la diligencia de mejor proveer a la que se refiere la resolución impugnada y que tiene fecha de 24 de febrero de 2015 no se le notificó en el domicilio que señaló a tal efecto en el escrito de oposición.

Tiene declarado esta Dirección General que no conteniendo el Reglamento del Registro Mercantil ninguna disposición específica sobre esta materia, se ha de acudir a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, supletoria de este procedimiento especial de nombramiento de auditor de cuentas por el Registrador Mercantil. El artículo 59.2 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común establece lo siguiente: «2. En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, la notificación se practicará en el lugar que éste haya señalado a tal efecto en la solicitud. Cuando ello no

fuera posible, en cualquier lugar adecuado a tal fin, y por cualquier medio conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo».

En el supuesto de hecho la sociedad, por medio de quien actúa como su representante, solicita expresamente en su escrito de oposición que las notificaciones que hayan de hacerse se hagan en determinado domicilio distinto al de la sociedad. Con posterioridad al escrito de oposición la registradora lleva a cabo dos notificaciones, una la correspondiente a la diligencia de mejor proveer de fecha 24 de febrero de 2015 y otra relativa a su resolución de fecha 17 de marzo del mismo año. En ambos casos la notificación fue practicada en el domicilio social y en ambos casos consta el acuse de recibo en fecha determinada. Es patente y así resulta del expediente que las notificaciones no se han llevado a efecto en el domicilio señalado por el interesado como es patente que la sociedad destinataria de las notificaciones recibió las notificaciones que la registradora mercantil le dirigió.

Como afirma la sentencia del Tribunal Supremo, sala tercera, de 3 de julio de 2013 (en un supuesto que guarda gran paralelismo con el que da lugar a la presente), el hecho de que se haya señalado por quien actúa en representación del destinatario un domicilio específico determina que «debiera notificarse a la persona y domicilio designado al efecto (ex artículo 59.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), con la consecuencia de que al no hacerlo la notificación deviene defectuosa (ex artículo 58.3 de la misma Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

Así ha ocurrido en el presente expediente sin que sea óbice que las notificaciones se hayan llevado a cabo con éxito en el domicilio social pues ello no asegura su recepción por la persona designada al efecto por el interesado. Por otro lado, de considerarse bien practicada la notificación en el domicilio social pese a haberse señalado específicamente un destinatario y un domicilio distinto, haría perfectamente inútil la previsión del artículo 59.2 de la Ley 30/1992, de noviembre.

2. Apreciada la concurrencia del defecto formal a que se refiere el anterior número, resta por determinar si dicha circunstancia tiene la relevancia que el escrito de recurso demanda. Como ha reiterado esta Dirección en numerosas ocasiones el mero error o defecto de procedimiento no desemboca necesariamente en declaración de nulidad de actuaciones si no se ha privado al interesado del ejercicio de los derechos legalmente reconocidos (art. 62.1 de la Ley 30/1992). La justificación de dicha doctrina se ampara en que el requisito de procedimiento no constituye un fin en sí mismo sino el cauce previsto para que el interesado ejerza su derecho. De este modo si el interesado a pesar de la existencia de un defecto formal ejercita su derecho o no lo hace teniendo la oportunidad de hacerlo, no puede alegar conculcación de su posición jurídica.

Esta doctrina es plenamente congruente con la muy asentada en la materia por nuestro Tribunal Constitucional que en su 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».

3. En el supuesto de hecho que ha dado lugar a la presente, la sociedad cuyas cuentas deben ser auditadas ha tenido conocimiento de la existencia del procedimiento de nombramiento de auditor y ha presentado un escrito de oposición tempestivo ante el Registro Mercantil de Jaén señalando lo que ha tenido por conveniente en defensa de su posición jurídica. Ahora bien, la persona designada al efecto no recibió la notificación de la registradora mercantil de su diligencia de fecha 24 de febrero de 2014 por la que se solicitaba justificación de determinados extremos ni resulta del expediente en modo alguno que llegara a su conocimiento en términos tales que le permitieran ejercer debidamente sus derechos.

De las consideraciones anteriores resulta que el procedimiento se ha tramitado sin el necesario respeto al principio de igualdad entre las partes. No procede en consecuencia que esta Dirección se pronuncie ahora sobre la cuestión de fondo pues para ello habría sido preciso que la sociedad respecto de la que se solicita el nombramiento de auditor hubiera tenido conocimiento, por medio de la persona especialmente designada y en el domicilio señalado de la diligencia de la registradora de fecha 24 de febrero de 2014.

En su virtud, Dirección General resuelve:

1.º Dejar sin efecto la resolución de la registradora mercantil de Jaén doña María Belén López Espada de fecha 17 de marzo de 2015.

2.º Retrotraer el expediente a la fase de instrucción, en concreto al momento en que se llevó a cabo la notificación de la diligencia para mejor proveer de fecha 24 de febrero de 2015.

3.º Devolver el expediente a la registradora mercantil a fin de que continúe con la instrucción del procedimiento a la vista del resultado de la diligencia 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, significándo-

les que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 22 de mayo de 2015.—Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.—Sr. Registrador Mercantil de Jaén.

Resolución de 26 de mayo de 2015 (1.ª)

En el expediente 51/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Automoción Villagarcía, S.A.».

HECHOS

I

Don, en representación de don y de doña.....; don en representación de don y de doña.....; y don, en representación de don y de doña....., presentaron un escrito de fecha 14 de enero de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Pontevedra, en el que tuvo su entrada el día siguiente, en el que solicitaron, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titulares sus representados de más del 5% del capital social de «Automoción Villagarcía, S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la solicitud carece de expresión de causa por lo que es contraria al artículo 351 del Reglamento del Registro Mercantil. 2.º Que se va a convocar Junta General de la sociedad en donde se expondrán las cuentas a los socios lo que unido a la grave condición económica a la que no es ajena la entidad hace que no resulte procedente la asunción de un gasto como el derivado de la realización del informe de verificación. 3.º Que entre los solicitantes y la sociedad existen negociaciones de compraventa de sus acciones por lo que a solicitud obedece a una técnica negociadora que implica que no existe un interés legítimo sino interesado y oscuro en busca de unos resultados distintos a los previstos en la Ley.

III

La registradora Mercantil de Pontevedra núm. II, doña Ana María López Rodríguez dictó resolución en fecha 19 de febrero de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado. De la documentación que resulta del expediente consta que dicha resolución fue notificada a la sociedad por correo certificado con acuse de recibo llevando esta fecha de 9 de marzo de 2015.

IV

Don, como administrador de la sociedad, por escrito de fecha que tuvo entrada el día 10 de abril de 2015 en el Registro Mercantil de Pontevedra, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos en especial lo relativo a la falta de expresión de causa, en la innecesariedad del nombramiento y en el hecho de que los solicitantes tienen a la administración a su disposición para consultar y retirar la información que tengan por conveniente. Del escrito de recurso consta que la comunicación de la resolución de la registradora se recibió el día 20 de febrero de 2015 y que el escrito interpone recurso gubernativo conforme al artículo 66 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 58, 59, 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.

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

Al respecto cabe señalar que el artículo 354.3 del Reglamento del Registro Mercantil dispone taxativamente que la decisión del registrador Mercantil declarando la procedencia o improcedencia del nombramiento podrá recurrirse en alzada ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en el plazo de quince días, comenzando el cómputo de dicho plazo a partir del día siguiente a la notificación de la resolución. En el caso presente, consta en el expediente que la notificación de la resolución de 19 de febrero de 2015 de la registradora Mercantil de Pontevedra núm. 2, se recibió el día siguiente, 20 de febrero, mientras que el recurso de alzada que hoy se resuelve se presentó en el Registro Mercantil el día 10 de abril de 2015; es decir, una vez vencido el plazo de quince días para su interposición, vencimiento que tuvo lugar el día 10 de marzo del mismo año. Incluso teniendo como fecha de notificación, no la que afirma el escrito de recurso, sino la posterior de 9 de marzo de 2015,

el plazo para interponer el recurso habría finalizado el día 27 de marzo del mismo año.

Resultando que la resolución que se pretende impugnar alcanzó el estado de firmeza antes de la interposición del recurso (*vide* arts. 48 y 115.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común), no cabe sino inadmitir el presente recurso de alzada.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado inadmitir el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Pontevedra núm. II, doña Ana María López Rodríguez de fecha 19 de febrero de 2015.

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

Madrid, 26 de mayo de 2015.—Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.—Sr. Registrador Mercantil de Pontevedra II.

Resolución de 26 de mayo de 2015 (2.^a)

En el expediente 52/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «J. Antonio Vázquez Rosa, S.L.».

HECHOS

I

Doña, presentó un escrito de fecha 2 de enero de 2015, 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 «J. Antonio Vázquez Rosa, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

Resulta del expediente que el registrador mercantil de Badajoz notificó a la sociedad en dos ocasiones, la última de ellas con acuse de recibo el día 12 de enero de 2015, a fin de que ejercitara su derecho de oposición sin que se recibiera contestación en el Registro Mercantil.

III

El registrador Mercantil de Badajoz, don Juan Enrique Pérez y Martín dictó Resolución en fecha 26 de enero de 2015 por la que acordó proceder al nombramiento del auditor solicitado notificando dicha resolución a la sociedad que acusó recibo el día 3 de febrero de 2015.

IV

El día 7 de abril de 2015 tiene entrada en el Registro Mercantil de Badajoz escrito de la misma fecha firmado por dony don, quienes como administradores mancomunados de la sociedad afirman que la solicitud de la socia minoritaria contiene una falsedad al no ser titular de un 14 % del capital social sino solo del 1,2% como justifican mediante certificado emitido por ellos mismos.

V

El registrador mercantil de Badajoz mediante escrito de fecha 9 de abril de 2015 rechaza el anterior escrito por extemporáneo y resultar firme su resolución de 26 de enero del mismo año.

VI

Don y don, en la representación que ostentan, por escrito de fecha 27 de abril de 2015, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Badajoz, interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a que el rechazo a sus alegaciones reside en un argumento meramente formal que no puede desvirtuar la cuestión de fondo consistente en la falta de legitimación 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.

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

Al respecto cabe señalar que el artículo 354.3 del Reglamento del Registro Mercantil dispone taxativamente que la decisión del registrador Mercantil declarando la procedencia o improcedencia del nombramiento podrá recurrirse en alzada ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en el plazo de quince días, comenzando el cómputo de dicho plazo a partir del día siguiente a la notificación de la resolución. En el caso presente, consta en el expediente que la notificación de la resolución de fecha 26 de enero de 2015 del registrador Mercantil de Badajoz, se recibió el día 3 de febrero de 2015, mientras que el recurso de alzada que hoy se resuelve se presentó en el Registro Mercantil el día 27 de abril de 2015 es decir, una vez vencido el plazo de quince días para su interposición, vencimiento que tuvo lugar el día 21 de febrero del mismo año.

Resultando que la resolución que se pretende impugnar alcanzó en dicha fecha el estado de firmeza (*vide* arts. 48 y 115.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común), no cabe sino inadmitir el presente recurso de alzada.

No empee a lo anterior la afirmación que hace el escrito de recurso de que este se interpone contra resolución del registrador mercantil de fecha 9 de abril de 2015 pues como resulta de los preceptos citados es la resolución de nombramiento la que devino firme en su día y contra la que, como resulta del artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil, se debió interponer recurso.

Siendo firme la resolución de 26 de enero de 2015 de procedencia de nombramiento de auditor no procede sino la inadmisión de recurso contra la misma y la confirmación de la resolución de 9 de abril de 2015 que así lo entendió.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado inadmitir el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Badajoz, don Juan Enrique Pérez y Martín de fecha 26 de enero de 2015.

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

Madrid, 26 de mayo de 2015.—Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.—Sr. Registrador Mercantil de Badajoz.

Resolución de 26 de mayo de 2015 (3.ª)

En el expediente 53/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Mármoles Miguel Vallés, S.L.».

HECHOS

I

Doña, presentó un escrito de fecha 4 de marzo de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Valencia, en el que tuvo su entrada el día 24 inmediatamente posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Mármoles Miguel Vallés, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la solicitud carece de legitimación de firma por lo que se ignora su veracidad rechazando su correspondencia con la de la socia. 2.º Que la sociedad no está obligada a verificación contable tratándose de un gasto extraordinario al que la sociedad no puede en la actualidad hacer frente no teniendo otro objeto la solicitud que el de complicar la vida de la sociedad siendo innecesaria ya que la información sobre las cuentas las tendrá en su momento y siempre con carácter previo a su aprobación por la Junta General.

III

La registradora mercantil de Valencia núm. II, doña Laura de la Cruz Cano Zamorano dictó Resolución en fecha 9 de abril de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don, como administrador único de la sociedad, por escrito de fecha 24 de abril de 2015, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Valencia, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos añadiendo que la solicitud entraña un claro abuso de derecho que no debe recibir amparo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. El recurso no puede prosperar pues ninguno de los motivos aducidos por el recurrente tienen la virtualidad de enervar el derecho que al socio minoritario reconoce el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital para que se lleve a cabo la designación de un auditor para la verificación de las cuentas anuales.

2. En primer lugar porque la falta de identificación formal del solicitante en su escrito de solicitud no tiene la trascendencia que pretende el recurrente. La instancia de la solicitante la identifica debidamente por lo que no puede pretenderse que no queda acreditada su personalidad. Como ha reiterado esta Dirección General desde antiguo (*vide* Resolución de 28 de julio de 1992 entre otras), el principio de igualdad entre las partes del procedimiento quedaría conculcado si un rigorismo excesivo exigiera al solicitante no solo acreditar su condición de socio sino además su identidad que se entiende suficientemente acreditada por la mera presentación de la solicitud (art. 351 del Reglamento del Registro Mercantil).

Si la sociedad entiende que la solicitud ha sido llevada a cabo con suplantación de personalidad o por persona distinta de aquella que firma la instancia correspondiente tiene abierta la vía jurisdiccional en defensa de su posición jurídica. El objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital prevé para que se acuerde la pertinencia de nombramiento de auditor a instancia de la minoría. La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la Constitución Española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

3. La misma suerte debe seguir el segundo de los motivos alegados que se divide en tres afirmaciones que esta Dirección no puede amparar.

En primer lugar porque el hecho de que la sociedad no esté obligada a la verificación de sus cuentas, no afecta al derecho del socio minoritario pues el propio texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital en el artículo 265.2 y concordantes del Reglamento del Registro Mercantil reconoce al socio que tenga más del 5% del capital social y lo solicite en tiempo y forma que en las citadas normas recogen, el derecho a solicitar el nombramiento de auditor de cuentas al Registrador Mercantil. Es precisamente el ejercicio del derecho por socio minoritario en el plazo establecido el que hace surgir la obligación para

la sociedad de someter las cuentas a informe de auditor (art. 265 de la Ley de Sociedades de Capital y resolución de 14 de febrero de 2013 por todas).

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

Finalmente porque los derechos de información y auditoría, aunque complementarios y relacionados entre sí, resultan distintos por su finalidad y requisitos e independientes en cuanto a las condiciones para su ejercicio. Los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, independientemente de si ejercieron previamente su derecho a solicitar información financiera o contable o si, por cualquier otra circunstancia como la de ejercer en su día el cargo de administrador, tuvieron acceso a la contabilidad social (*vide* artículos 196 y 197 en relación con los artículos 253 y 272 de la Ley de Sociedades de Capital). Téngase en cuenta que el objeto de este expediente no es determinar si el socio minoritario puede acceder o no a la información contable sino si tiene derecho a que se designe un auditor a fin de obtener una opinión técnica, independiente e imparcial sobre si las cuentas «expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación» (art. 1 del Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas). Por estos motivos, con independencia de si el socio minoritario ha ejercitado o va a ejercitar en el futuro su derecho de información, es irrelevante a los efectos de determinar si procede, como es el caso, la designación de auditor por parte del registrador mercantil.

4. Por último la sociedad afirma en su escrito de recurso que el conjunto de circunstancias que señala implica una actuación abusiva del socio minoritario en el ejercicio de su prerrogativa. Al respecto es doctrina muy consolidada de esta Dirección que siendo indiscutible que nuestro ordenamiento jurídico no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo por lo que el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización de buena fe (art. 7 del Código Civil), también lo es que la apreciación de tales circunstancias resulta imposible en un procedimiento como el presente cuyo limitado conocimiento material y competencial lo impide, sin perjuicio del derecho de los interesados a acudir a los Tribunales de Justicia en defensa de

su posición jurídica (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010 y 11 de marzo de 2014, entre otras).

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Valencia núm. II, doña Laura de la Cruz Cano Zamorano de fecha 9 de abril de 2015.

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

Madrid, 26 de mayo de 2015.—Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.—Sra. Registradora Mercantil núm. II de Valencia.

Resolución de 26 de mayo de 2015 (4.ª)

En el expediente 54/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Inturco Calma, S.L.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito de fecha 19 de enero de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Palma de Mallorca, en el que tuvo su entrada el día 21 inmediatamente posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Inturco Calma, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que de la documentación presentada no resulta la expresión de una causa seria sin que baste la mera petición. Que una interpretación finalista de los preceptos aplicables exigen la determinación de la causa de la solicitud.

III

La registradora mercantil por sustitución de Palma de Mallorca, doña Silvia Núñez Sánchez dictó Resolución en fecha 8 de abril de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don, como consejero delegado de la sociedad, por escrito de fecha 27 de abril de 2015, que tuvo entrada el día siguiente en el Registro Mercantil de Palma de Mallorca, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos, e insistiendo en que el mecanismo de nombramiento de auditor a instancia de la minoría es un remedio subsidiario para la defensa de sus intereses cuando las demás figuras protectoras de su derecho de información no dan resultado. En el supuesto de hecho no se acredita haber ejercitado el derecho de información a fin de conocer la situación económica de la empresa que resultan menos onerosos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. No procede la estimación del recurso pues los motivos alegados están en abierta contradicción con la doctrina que esta Dirección General, en aplicación de las normas previstas en el ordenamiento, ha desarrollado a lo largo de los años.

2. En primer lugar porque la falta de expresión de causa alguna carece de la relevancia que pretende el escrito de recurso. 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 inexpressión 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 muchas).

3. La misma suerte desestimatoria le corresponde al motivo alegado de que no queda acreditado el previo ejercicio del derecho de información. Esta Dirección General ha afirmado en numerosísimas ocasiones que no existe subordinación del derecho contemplado en el número dos del artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital al ejercicio de un previa solicitud de información. Tal supeditación no está contemplada ni en la Ley ni en el Reglamento del Registro Mercantil por lo que no puede traerse en detrimento del derecho individual del socio contemplado en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital (*vide* Resoluciones de este Centro de 7 de mayo de 2012 y 5 de febrero y 28 de mayo de 2013 y 17 de junio de 2014). Los derechos de información y auditoría, aunque complementarios y relacionados entre sí, resultan distintos por su finalidad y requisitos e independientes en cuanto a las condiciones para su ejercicio. Los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, con independencia de si han ejercitado previamente su derecho a solicitar información financiera o contable o de si, efectivamente han tenido acceso a dicha información por cualquier circunstancia como la de ejercer en su día el cargo de administrador (*vide* arts. 196 y 197 en relación con los artículos 253 y 272 de la Ley de Sociedades de Capital). Téngase en cuenta que el objeto de este expediente no es determinar si el socio minoritario puede acceder o no a la información contable sino si tiene derecho a que se designe un auditor a fin de obtener una opinión técnica, independiente e imparcial sobre si las cuentas «expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación» (art. 1 del Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas). No puede en consecuencia sostenerse que el derecho individual del socio a solicitar designación de auditor se subordine o condicione al previo ejercicio de solicitud de información o a la previa puesta a disposición de información por la sociedad obligada.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil por sustitución de Palma de Mallorca, doña Silvia Núñez Sánchez de fecha 8 de abril de 2015.

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

a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 26 de mayo de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállico.–Sr. Registrador Mercantil de Palma de Mallorca.

Resolución de 26 de mayo de 2015 (5.ª)

En el expediente 55/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Inversiones Barajas, S.L.».

HECHOS

I

Don, como representante de la sociedad «Gestiones Castilleria, S.L.», presentó un escrito de fecha 23 de febrero de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 18 de marzo siguiente, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular su representada de más del 5% del capital social de «Inversiones Barajas, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la persona que ha actuado en nombre de la sociedad «Gestiones Castilleria, S.L.», carece de facultades suficientes para hacer en su nombre la solicitud; que además no consta dicha sociedad en el libro registro a la fecha de la solicitud. 2.º Que ya existe un auditor nombrado por la sociedad.

III

El registrador Mercantil de Madrid núm. XIII, don José María Méndez Castrillón dictó Resolución en fecha 6 de abril de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don y don, como administradores mancomunados de la sociedad, por escrito de fecha 28 de abril de 2015, que tuvo entrada el día 30 de abril inmediato posterior en el

Registro Mercantil de Madrid, interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos.

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.

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

Al respecto cabe señalar que el artículo 354.3 del Reglamento del Registro Mercantil dispone taxativamente que la decisión del registrador Mercantil declarando la procedencia o improcedencia del nombramiento podrá recurrirse en alzada ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en el plazo de quince días, comenzando el cómputo de dicho plazo a partir del día siguiente a la notificación de la resolución. En el caso presente, consta en el expediente que la notificación de la resolución de fecha 6 de abril de 2015 del registrador mercantil de Madrid núm. 13, se recibió el día 8 de abril según resulta de certificado de acuse de recibo expedido por Correos, mientras que el recurso de alzada que hoy se resuelve se presentó en el Registro Mercantil el día 30 de abril; es decir, una vez vencido el plazo de quince días para su interposición, vencimiento que tuvo lugar el día 25 de abril del mismo año. No obsta a lo anterior la afirmación que contiene el escrito de recurso de que la notificación de la resolución del registrador fue recibida el día 10 de abril por cuanto aún en este supuesto (inadmisible por otro lado de conformidad con la documentación obrante en el expediente), el escrito habría sido presentado en el Registro Mercantil también fuera de plazo.

Resultando que la resolución que se pretende impugnar alcanzó en dicha fecha el estado de firmeza (*vide* arts. 48 y 115.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común), no cabe sino inadmitir el presente recurso de alzada.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado inadmitir el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid núm. XIII, don José María Méndez Castrillón de fecha 6 de abril de 2015.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente recla-

mación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 26 de mayo de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállico.–Sr. Registrador Mercantil núm. XIII de Madrid.

Resolución de 26 de mayo de 2015 (6.ª)

En el expediente 56/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de socios de «Dencia, S.A.».

HECHOS

I

Don y don, presentaron un escrito de fecha 11 de marzo de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 17 de marzo posterior, en el que solicitaron, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titulares de más del 5% del capital social de «Dencia, S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad presentó un certificado de la Junta General de socios celebrada en segunda convocatoria el día 18 de marzo de 2015 de la que resulta que por acuerdo de la mayoría de socios se acordó nombrar auditor para la verificación de los ejercicios cerrados a 31 de diciembre de 2014, 2015 y 2016. Se acompaña también escrito de aceptación del designado. La documentación se presenta en el Registro Mercantil.

III

El registrador Mercantil de Madrid núm. II, don Manuel Casero Mejías dictó Resolución en fecha 6 de abril de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don, actuando en representación de la sociedad, por escrito de fecha 30 de abril de 2015, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Madrid, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, alegando: 1.º Que los socios instantes actúan de mala fe como resulta de sus actos y de la documentación que acompaña. 2.º Que los socios instantes incurrir en manifiesto fraude de Ley y abuso de Derecho.

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.

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

Al respecto cabe señalar que el artículo 354.3 del Reglamento del Registro Mercantil dispone taxativamente que la decisión del registrador Mercantil declarando la procedencia o improcedencia del nombramiento podrá recurrirse en alzada ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en el plazo de quince días, comenzando el cómputo de dicho plazo a partir del día siguiente a la notificación de la resolución. En el caso presente, consta en el expediente que la notificación de la resolución de fecha 6 de abril de 2015 del registrador mercantil de Madrid, se recibió el día 8 del mismo mes según resulta de certificación de acuse de recibo de Correos, mientras que el recurso de alzada que hoy se resuelve se presentó en el Registro Mercantil el día 30 de abril; es decir, una vez vencido el plazo de quince días para su interposición, vencimiento que tuvo lugar el día 28 de abril del mismo año.

Resultando que la resolución que se pretende impugnar alcanzó en dicha fecha el estado de firmeza (*vide* arts. 48 y 115.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común), no cabe sino inadmitir el presente recurso de alzada.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado inadmitir el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid núm. II, don Manuel Casero Mejías de fecha 6 de abril de 2015.

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

Madrid, 26 de mayo 2015.—Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállico.—Sr. Registrador Mercantil núm. II de Madrid.

Resolución de 2 de junio de 2015 (1.ª)

En el expediente 58/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Frigoríficos Amaro González Cortés, S.A.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito de fecha 25 de febrero de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Alicante, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Frigoríficos Amaro González Cortés, S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

Justifica su solicitud aportando copia de la escritura de elevación a público de cuaderno particional de la que resulta la adjudicación de una tercera parte de 1363 acciones de la sociedad y mediante copia de la escritura de donación de la que resulta la adquisición de 455 acciones en pleno dominio por parte del solicitante.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º El solicitante carece de legitimación pues es dueño de 455 acciones (un 3,33% del total del capital social) y de una tercera parte de 1363 acciones junto con sus hermanas, sin que resulte conforme al artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital la designación de una persona que ejerza los derechos de socio. 2.º La solicitud carece de expresión de causa que no es un requisito meramente formal sino sustantivo.

III

La registradora mercantil de Alicante núm. IV, doña María Pilar Planas Roca dictó Resolución en fecha 16 de marzo de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don, en representación de la sociedad, por escrito de fecha 27 de abril de 2015, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Alicante, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General en base a la falta de legitimación del solicitante al no haber acreditado derechos más que sobre un 3,33% del capital social.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

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

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

2. En el supuesto que da lugar a la presente no resulta del expediente que quien acredita ostentar un conjunto de acciones en copropiedad con otros socios haya sido designado por el conjunto de cotitulares al efecto de ejercitar los derechos sociales inherentes a las acciones. En consecuencia no puede tenersele por persona designada al efecto y no pueden computarse las acciones a los efectos de determinar el porcentaje mínimo de capital a que se refiere el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la resolución de la registrador mercantil de Alicante núm. IV doña María Pilar Planas Roca de fecha 16 de marzo de 2015.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándo-

les que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 2 de junio de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.–Sra. Registradora Mercantil de Alicante IV.

Resolución de 2 de junio de 2015 (2.ª)

En el expediente 59/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de socios de «Ricardo Bosch, S.L.».

HECHOS

I

Doña, don y don, presentaron un escrito de fecha 24 de febrero de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Alicante, en el que tuvo su entrada el día 26 inmediato posterior, en el que solicitaron, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titulares de más del 5% del capital social de «Ricardo Bosch, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que Ricardo y Fernando Bosch Ripoll eran socios al 50% de la sociedad; que fallecido Ricardo sus herederos fueron convocados para conocer la delicada situación económica de la empresa. 2.º Que el endeudamiento de la sociedad con las entidades financieras y proveedores ha conllevado un resultado económico mínimo. 3.º Que el coste de honorarios de un auditor conllevaría que la sociedad finalizase el ejercicio con resultados negativos por lo que no se puede asumir el coste.

III

La registradora mercantil de Alicante núm. IV, doña María Pilar Planas Roca dictó Resolución en fecha 13 de marzo de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don, como administrador de la sociedad, por escrito de fecha 10 de abril de 2015, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución afirmando que estaba de acuerdo en la realización de auditoría cuyo pago se haría progresivamente según el estado de liquidez de la empresa, que sin perjuicio de lo anterior y de conformidad con el artículo 355 de la Ley de Sociedades de Capital podría deducirse del importe a reembolsar a cada socio excluido la parte correspondiente a su porcentaje en el capital.

Solicitada aclaración por la registradora mercantil de Alicante a dicho escrito, por uno adicional con entrada en el Registro Mercantil de Alicante el día 27 de abril de 2015, el administrador se opone al nombramiento por carecer la sociedad de efectivo.

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. Es evidente que el recurso no puede prosperar. El escrito aclaratorio presentado a instancia de la registradora solo hace referencia a la imposibilidad de la sociedad de satisfacer los honorarios del auditor dada la ausencia de efectivo.

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

2. Aunque no forme parte de dicho escrito aclaratorio, en su escrito de oposición inicial la sociedad había hecho referencia al hecho de que los hijos del socio fallecido habían sido informados de la situación económica de la empresa. Dicha circunstancia es igualmente irrelevante a los efectos de esta resolución pues el derecho del socio a obtener el nombramiento de un auditor que lleve a cabo la verificación de las cuentas correspondientes al último ejercicio es completamente independiente del nivel de información que sobre las cuentas anuales se haya proporcionado a los socios instantes.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Alicante núm. IV, doña María Pilar Planas Roca de fecha 13 de marzo de 2015.

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

Madrid, 2 de junio de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállico.–Sr. Registrador Mercantil núm. IV de Madrid.

Resolución de 2 de junio de 2015 (3.ª)

En el expediente 60/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Distribución Amaro González, S.A.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito de fecha 25 de febrero de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Alicante, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Distribución Amaro González, S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º El solicitante carece de legitimación pues es dueño de 181 acciones (un 3,33% del total del capital social) y de una tercera parte de 543 acciones junto con sus hermanas, sin que resulte conforme al artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital la designación de una persona que ejerza los derechos de socio. 2.º La solicitud carece de expresión de causa que no es un requisito meramente formal sino sustantivo.

III

La registradora mercantil de Alicante núm. IV, doña María Pilar Planas Roca dictó Resolución en fecha 16 de marzo de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don, en representación de la sociedad, por escrito de fecha 27 de abril de 2015, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Alicante, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General en base a la falta de legitimación del solicitante al no haber acreditado derechos más que sobre un 3,33% del capital social.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

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

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

2. En el supuesto que da lugar a la presente no resulta del expediente que quien acredita ostentar un conjunto de acciones en copropiedad con otros socios haya sido designado por el conjunto de cotitulares al efecto de ejercitar los derechos sociales inherentes a las acciones. En consecuencia no puede tenerse por persona designada al efecto y no pueden computarse las acciones a los efectos de determinar el porcentaje mínimo de capital a que se refiere el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. Del expediente solo resulta ser titular de un porcentaje del 3,33% del capital social, porcentaje que no le otorga legitimación a los efectos del precepto citado.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la resolución de la registradora mercantil de Alicante núm. IV, doña María Pilar Planas Roca de fecha 16 de marzo de 2015.

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

Madrid, 2 de junio de 2015.—Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.—Sra. Registradora Mercantil de Alicante IV.

Resolución de 2 de junio 2015 (4.ª)

En el expediente 61/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Talleres Tarema, S.L.».

HECHOS

I

Doña, presentó un escrito de fecha 27 de marzo de 2015, 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 «Talleres Tarema, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la sociedad es titularidad de la solicitante y de su esposo al 50% cada uno estando casados en régimen consorcial. 2.º Que hasta la fecha la solicitante no ha solicitado información alguna pero que cuando lo ha hecho (sic) se le ha facilitado a ella y sus abogados por lo que no es oportuno el nombramiento de auditor.

III

El registrador mercantil de Zaragoza núm. I, don Joaquín Rodríguez Hernández dictó Resolución en fecha 15 de abril de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don, por escrito de fecha 6 de mayo de 2015 de 2015, que tuvo entrada el día inmediato siguiente en el Registro Mercantil de Zaragoza, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos, añadiendo que se ha dado traslado ya de toda la documentación contable a la solicitante por lo que carece de sentido el nombramiento de auditor; que es de aplicación analógica el artículo 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. El recurso no puede prosperar. Es doctrina reiterada de esta Dirección General que no es aceptable pretender enervar el derecho del socio minoritario apelando a un presunto conocimiento previo de las cuentas sociales o a la entrega de la documentación que la contiene (*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

ejerger en su día el cargo de administrador, tuvieron acceso a la contabilidad social (*vide* artículos 196 y 197 en relación con los artículos 253 y 272 de la Ley de Sociedades de Capital). Téngase en cuenta que el objeto de este expediente no es determinar si el socio minoritario puede acceder o no a la información contable sino si tiene derecho a que se designe un auditor a fin de obtener una opinión técnica, independiente e imparcial sobre si las cuentas «expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación» (art. 1 del Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas).

2. La referencia al artículo 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es completamente inapropiada y no solo porque estamos en un ámbito procedimental propio sujeto a una normativa igualmente propia (la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), sino porque la propia regulación procesal relativa a la terminación del proceso por satisfacción extraprocesal o carencia sobrevinida de objeto, exige o consentimiento de las partes involucradas o resolución judicial.

En el supuesto que da lugar a la presente ni se ha justificado que el solicitante haya desistido de su solicitud (*vide* art. 90 de la Ley 30/1992), ni se ha acreditado en forma alguna que el interés jurídico protegible haya sido satisfecho en términos tales que puedan desembocar en una pronunciamiento al respecto de esta Dirección.

Como ha reiterado esta Dirección General el supuesto contemplado en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital decae cuando no existe interés protegible bien porque el socio ha dejado de serlo (*vide* resoluciones de 16 de septiembre de 2009 y 30 de abril de 2012), bien porque renuncia al derecho reconocido (Resolución de 31 de enero de 2014), bien porque su posición jurídica está debidamente protegida en un momento en el que su interés se agota en la liquidación económica de su participación en la sociedad (*vide* art. 363 del Registro Mercantil y resolución de 4 de febrero de 2013) o porque se le ha entregado el informe de verificación relativo al ejercicio que solicitaba elaborado por un auditor voluntario nombrado por la sociedad (Resolución de 10 de diciembre de 2014). Ninguna de tales circunstancias se ha producido por lo que no cabe sino confirmar el derecho de la socia instante a obtener el nombramiento de un auditor por el registrador mercantil.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Zaragoza núm. I, don Joaquín Rodríguez Hernández de fecha 15 de abril de 2015.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente recla-

mación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 2 de junio de 2015.—Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.—Sr. Registrador Mercantil de Zaragoza.

Resolución de 8 de junio de 2015 (1.ª)

En el expediente 62/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Santos Ibáñez, S.L.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito de fecha 12 de febrero de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Albacete, en el que tuvo su entrada el día inmediato siguiente, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Santos Ibáñez, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la sociedad fue declarada en concurso mediante auto de 21 de febrero de 2014 del Juzgado de lo Mercantil de Albacete que acordó la intervención concursal de las facultades de administración y disposición. 2.º Dentro del procedimiento, de acuerdo con el artículo 75 de la Ley Concursal, se ha procedido al análisis del estado de la contabilidad y emisión de juicio sobre las cuentas siendo dicho informe de un valor equivalente al de verificación contable de los auditores. 3.º Que durante el ejercicio 2014 la sociedad ha estado sujeta a la administración judicial lo que dota de seguridad a sus actuaciones por lo que sería redundante el nombramiento de un auditor para la verificación de unas cuentas que han estado intervenidas judicialmente.

III

El registrador mercantil de Albacete, don, dictó Resolución en fecha 9 de marzo de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don, como administrador único, por escrito de fecha 13 de abril de 2015, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Albacete, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos insistiendo en que el interés protegido por el artículo 265.2 ya ha sido satisfecho por el informe de la administración concursal cuyo contenido, conforme al artículo 75 de la Ley concursal, comprende el estado de la contabilidad y demás circunstancias que en el mismo se expresa. Que el solicitante tiene a su disposición en el Juzgado de lo Mercantil todos los informes que se han elaborado durante la intervención concursal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

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

El artículo 46 de la Ley Concursal prevé tanto para los casos de suspensión como de intervención de la administración la subsistencia de la obligación de formular cuentas y de verificarlas, en su caso. Del mismo modo para las sociedades no obligadas a verificar cuentas anuales (*vide* art. 263 de la Ley de Sociedades de Capital), subsiste la obligación de verificar cuando un socio que reúna los requisitos establecidos en el artículo 265.2 de la propia Ley lo haya ejercido debidamente.

2. Como resulta de la simple comparación entre la regulación relativa a los auditores y al informe de verificación de las cuentas anuales (Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas), y aquella relativa al informe a presentar al Juez del Concurso (Ley 22/2003, de 9 julio), se trata de actividades e informes claramente distintos: a) La designación del auditor es un derecho individual del socio que es libre de ejercitar o no mientras que el administrador concursal es preceptivo en toda declaración de concurso (art. 21 de la Ley Concursal); b) Sólo el socio que reúna los requisitos del artículo 265.2 está legitimado para solicitar la verificación de cuentas mientras el administrador concursal es nombrado de oficio por el Juez del Con-

curso (art. 21 y 26 de la Ley Concursal); c) El autor de informe de verificación tiene que ser un auditor debidamente registrado en l Registro especial del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (art. 7 de la Ley de Auditoría y artículo 355 del Reglamento del Registro Mercantil), mientras que el autor del informe del concurso será el profesional designado por el Juez de entre los que consten inscritos en la sección cuarta del Registro Público Concursal (art. 27 de la Ley Concursal); d) El destinatario del informe de verificación en el supuesto del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital es el socio que lo haya solicitado mientras que en el caso del concurso es el Juez que lo dirige a quien se presenta el informe (art. 33.1.e.9.^a de la Ley Concursal); El ámbito de actuación del auditor designado en el supuesto del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital es mucho menor que el del administrador concursal (confróntese el artículo 268 de la Ley de Sociedades de Capital y el 3 de la Ley de Auditoría con el art. 75 de la Ley Concursal) y en consecuencia, el contenido del informe de verificación de cuentas es distinto del previsto legalmente para el informe del administrador concursal.

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

3. Es igualmente evidente que la afirmación de que el socio instante puede obtener la información relativa al informe del administrador concursal en el Juzgado de lo Mercantil que conoce de los autos es absolutamente incompatible con el derecho, reconocido en el artículo 272 de la Ley de Sociedades de Capital, de obtener el informe de verificación.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Albacete, don Flavio Muñoz García de fecha 9 de marzo de 2015.

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

Madrid, 8 de junio de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.–Sr. Registrador Mercantil de Albacete.

Resolución de 8 de junio de 2015 (2.ª)

En el expediente 63/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Industrias Cárnicas Fontefría, S.L.».

HECHOS

I

Doña, actuando en representación como apoderada de doña....., presentó un escrito de fecha 2 de enero de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Pontevedra, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular su representada de más del 5% del capital social de «Industrias Cárnicas Fontefría, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que el administrador de la sociedad había designado auditora voluntaria para el ejercicio 2014. 2.º Que el día 23 de diciembre se había presentado escrito ante el Registro Mercantil conteniendo la designación y la aceptación.

III

El registrador mercantil de Pontevedra, don Vicente Artime Cot dictó Resolución en fecha 19 de enero de 2015 por la que acordó suspender el procedimiento hasta la inscripción del nombramiento de auditor o hasta la caducidad del asiento de presentación. Con posterioridad y caducado el asiento, acordó por resolución de fecha 17 de abril de 2015 inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don, como administrador único de la sociedad, por escrito de fecha 4 de mayo de 2015, que tuvo entrada el día 7 inmediatamente siguiente en el Registro Mercantil de Pontevedra, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, alegando que el informe de auditoría correspondiente al ejercicio 2014 había sido realizado por la auditora designada, doña María Jesús Ortiz Molina en fecha 30 de abril de 2015 aportando un ejemplar junto al escrito de recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. De forma reiteradísima (Resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012 y 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, entre otras muchas), este Centro Directivo ha mantenido que la finalidad del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital es la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la estructura empresarial, para lo cual dicho artículo reconoce y regula el derecho a la verificación de la contabilidad social por un profesional independiente nombrado por el Registrador Mercantil a instancia de los socios que reúnan un mínimo de participaciones sociales o acciones equivalentes al 5% del capital social y siempre que presenten su solicitud en los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social.

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

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

sociales), lo que viene razonándose en el sentido de que «dicho auditor ha de conducirse en sus actuaciones bajo estrictos y exclusivos criterios de independencia y de profesionalidad...ya que la finalidad del artículo 265.2 LSA no es que la auditoría se realice a instancia de un determinado socio sino que aquella efectivamente se realice y el socio pueda tener perfecto conocimiento de la contabilidad de la sociedad».

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

2. En el expediente que nos ocupa concurren ambas circunstancias pues a la indiscutida aseveración de que la sociedad procedió a la designación de auditor con carácter previo a la solicitud del minoritario se une la de que en vía de recurso ha unido a su escrito el informe de verificación sobre las cuentas del ejercicio 2014 llevado a cabo por la auditora nombrada.

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

En su virtud, esta Dirección General ha acordado, estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Pontevedra, don Vicente Artime Cot, de fecha 17 de abril de 2015.

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

Madrid, 8 de junio de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.–Sr. Registrador Mercantil de Pontevedra.

Resolución de 8 de junio de 2015 (3.ª)

En el expediente 64/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de socias de «Criserınca, S.A.», en liquidación».

HECHOS

I

Doña y doña..... presentaron un escrito de fecha 9 de febrero de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Orense, en el que tuvo su entrada el día 12 siguiente, en el que solicitaron, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titulares en proindiviso de más del 5% del capital social de «Criserınca, S.A.», en liquidación el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad, por medio del liquidador designado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Orense, se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Es improcedente el nombramiento de auditor por cuanto las sociedades en liquidación no pueden ser sometidas a auditoría sino a intervención (art. 381 de la Ley de Sociedades de Capital) que ha de designar el Juzgado si lo estima procedente. Que la figura del interventor sustituye a la del auditor en la fase de liquidación siendo su actividad más amplia citando en su apoyo el auto de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 29 de enero de 2010 y la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 6 de junio de 2011. 2.º Que el liquidador ha sido designado por un Tribunal y no por los socios por lo que debe rendir cuentas al Juez que lo nombró.

III

Notificadas de la oposición las socias instantes, mediante escrito de fecha 12 de marzo de 2015 que tuvo su entrada en el Registro Mercantil el día 13 inmediato posterior, alegan que el liquidador ha presentado la misma oposición que dio lugar a la resolución de esta Dirección de fecha 26 de junio de 2014 que desestimó sus pretensiones. Citan también la resolución de esta Dirección de fecha 18 de noviembre de 2013 y finalmente alegan que nada tiene que ver el derecho al nombramiento de auditor con el derecho de las minorías previstas en el artículo 381 de la Ley de Sociedades de Capital al nombramiento de un interventor.

IV

El registrador mercantil de Orense, don Andrés José Ylla García-Germán dictó Resolución en fecha 19 de marzo de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

V

Don, en su condición de liquidador judicial, por escrito de fecha 9 de abril de 2015, que tuvo entrada el día siguiente en el Registro Mercantil de Orense, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los mismos argumentos que en su escrito de oposición añadiendo que la resolución del registrador mercantil es extemporánea por lo que el expediente ha caducado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. El recurrente alega una cuestión de procedimiento que debe ser abordada en primer lugar. Afirma el escrito de recurso que la resolución del registrador mercantil es extemporánea por lo que el expediente ha caducado. La afirmación es insostenible. El registrador recibe el escrito de alegaciones de las solicitantes el día 13 de marzo y dicta su resolución el día 19 siguiente, en plazo.

Aunque así no hubiera sido bajo ningún concepto podría aceptarse la pretensión de caducidad de la sociedad recurrente. Como ha recordado esta Dirección General (Resoluciones de 10 de octubre de 2010 y de junio de 2014 entre otras), los plazos de tramitación y de resolución por la autoridad competente no son más que medios orientados al fin de dotar al procedimiento de la necesaria agilidad para que las partes tengan, en el más breve plazo posible, una decisión fundada en derecho.

Los plazos para dictar resolución y para emitir notificación no son de caducidad sino que se trata de plazos cuyo transcurso no impide adoptar una decisión sobre el fondo del asunto planteado ni afecta a la validez de la decisión adoptada como resulta de una simple lectura del artículo 62 en relación al artículo 63.3 de la Ley 30/1992 que recoge las causas de nulidad del procedimiento administrativo (y sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran derivarse de su dilación injustificada, arts. 41 y 47 de la propia Ley).

2. Igualmente insostenible es la afirmación de que el liquidador no debe rendir cuentas a los socios y solo al juez que lo nombró pues, con independencia de que evidentemente el liquidador ha de responder ante el juez, abierta la liquidación desde el momento de su disolución, la sociedad continúa existiendo en términos similares si bien adaptando su funcionamiento al hecho de que la finalidad social es ahora la realización ordenada del patrimonio social, activo y pasivo, con miras a su efectiva extinción. La norma prevé expresa-

mente que el liquidador responde ante la Junta General de socios (art. 371 de la Ley de Sociedades de Capital); el texto legal es además inequívoco al afirmar que la sociedad sigue existiendo contando para el desenvolvimiento de su actividad tanto con órganos de representación social (la junta de socios) como con órganos de gestión y representación (los liquidadores), órganos en consecuencia idénticos a los propios de una sociedad de capital si bien adaptados a su nueva situación.

Dispone el artículo 371.3 de la Ley de Sociedades de Capital lo siguiente: «Durante el período de liquidación se observarán las disposiciones de los estatutos en cuanto a la convocatoria y reunión de las juntas generales de socios, a las que darán cuenta los liquidadores de la marcha de la liquidación para que acuerden lo que convenga al interés común, y continuarán aplicándose a la sociedad las demás normas previstas en esta Ley que no sean incompatibles con las establecidas en este capítulo».

Del mismo modo se establece que: «Serán de aplicación a los liquidadores las normas establecidas para los administradores que no se opongan a lo dispuesto en este capítulo» (art. 375.2 del Texto Refundido).

De la regulación legal se deriva, sin asomo de duda, que los órganos sociales se rigen por las reglas anteriores a la disolución de la sociedad a salvo las especialidades contempladas para el período de liquidación. Es por tanto regla general en sede de sociedad en liquidación y por cuanto se refiere a sus órganos de decisión, gestión y representación la aplicación de las normas aplicables al período anterior a la disolución y apertura de la liquidación sin perjuicio de la aplicación preferente de las normas especiales que la propia Ley contiene para dicho período.

De lo anterior se sigue que en las sociedades en liquidación, el órgano de administración, los liquidadores, están obligados a formular las cuentas anuales (art. 253 en relación al 386), a convocar junta para su aprobación (art. 164 en relación al 166 del Texto Refundido), así como a presentarlas en el Registro Mercantil para su depósito de conformidad con las reglas generales (art. 279). Así lo ha afirmado este Centro Directivo en sus Resoluciones de 8 de noviembre de 2000, 8 de julio de 2005, 3 de mayo de 2006 y 18 de noviembre de 2013, así como en la resolución de 26 de junio de 2014 recaída en recurso interpuesto por el mismo liquidador y de contenido, en este punto, idéntico al presente.

3. Tampoco es admisible la afirmación de que en fase de liquidación la figura del interventor sustituye o reemplaza a la del auditor de cuentas. La mera comparación de su regulación pone de relieve que se trata de figuras distintas por su designación, por el contenido de su función y por el resultado de su trabajo. Mientras que el auditor de cuentas es nombrado por el registrador mercantil a instancia de un socio que reúna un mínimo del 5% del capital social (art. 265 de la Ley de Sociedades de Capital), el interventor es nombrado por el Juez a instancia de socios que reúnan el 20% del capital social (art. 381). El nombramiento de auditor tiene como finalidad realizar el informe

de verificación de las cuentas del último ejercicio social sin inmiscuirse en ningún caso en la gestión social; el interventor por el contrario es designado por el juez para intervenir la gestión de la sociedad; El auditor finaliza su labor con la emisión del informe de verificación mientras que el interventor realiza su función fiscalizadora mientras que el juez que lo designó no decida lo contrario. En suma, no puede afirmarse que la figura jurídica de la intervención de sociedades anónimas en liquidación supla, sustituya o haga superflua la del auditor designado para la verificación de cuentas. Bien al contrario son actores perfectamente compatibles con cuya actuación el ordenamiento cubre intereses protegibles distintos.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Orense, don Andrés José Ylla García-Germán de fecha 19 de marzo de 2015.

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

Madrid, 8 de junio de 2015.—Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.—Sr. Registrador Mercantil de Orense.

Resolución de 8 de junio de 2015 (4.ª)

En el expediente 65/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Mecanizados Ogal, S.L.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito de fecha 11 de marzo de 2015, 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 «Mecanizados Ogal, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que ya existe un auditor independiente designado que ya está procediendo al desarrollo y elaboración de los trabajos (como se acredita con diversos correos electrónicos). Que la empresa ya ha pagado los servicios de la firma auditora y provocaría una duplicidad de costes el nombramiento de un segundo auditor.

Se acompaña acta de presencia de fecha 15 de septiembre de 2014 del notario de Porriño doña Margarita Colunga Fidalgo de la que resulta que en la Junta de socios de 16 de septiembre de 2014 se acordó la designación de una firma de auditoría.

III

El registrador mercantil de Pontevedra, don Vicente Artime Cot mediante diligencia de 23 de marzo de 2015 requirió a la sociedad a fin de que aportase la aceptación de la sociedad auditora así como para que procediese o bien a la inscripción del nombramiento en el Registro Mercantil, o bien a justificar la puesta a disposición del socio el informe de auditoría o bien a incorporarlo al expediente.

La sociedad aportó la documentación solicitada pero la inscripción no se llevó a cabo por falta de previo depósito de cuentas del ejercicio 2012.

IV

El registrador mercantil de Pontevedra, don Vicente Artime Cot dictó Resolución en fecha 20 de abril de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

V

Don, en representación de la sociedad, por escrito de fecha 4 de mayo de 2015, que tuvo entrada el día 8 inmediato posterior en el Registro Mercantil de Pontevedra, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos y añadiendo que: 1.º Que el socio es perfectamente conocedor del nombramiento anterior, que el registrador no pone en duda, por lo que su derecho a conocer el informe está garantizado. 2.º Que insistiendo en lo anterior cuando esté finalizado el informe se convocará Junta. Que no ha existido acuerdo de revocación del nombramiento anterior de auditor por lo que sigue vigente y será cuando se convoque la Junta cuando se ponga a disposición del socio el informe de verificación. Que no se sabe por qué el nombramiento por el registrador mercantil supone mayor garantía por cuanto si la inscripción en el Registro Mercantil no se ha podido llevar a cabo tampoco se inscribirá ese nombramiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 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. De forma reiteradísima (Resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012 y 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, entre otras muchas), este Centro Directivo ha mantenido que la finalidad del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital es la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la estructura empresarial, para lo cual dicho artículo reconoce y regula el derecho a la verificación de la contabilidad social por un profesional independiente nombrado por el Registrador Mercantil a instancia de los socios que reúnan un mínimo de participaciones sociales o acciones equivalentes al 5% del capital social y siempre que presenten su solicitud en los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social.

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

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

sociales), lo que viene razonándose en el sentido de que «dicho auditor ha de conducirse en sus actuaciones bajo estrictos y exclusivos criterios de independencia y de profesionalidad...ya que la finalidad del artículo 265.2 LSA no es que la auditoría se realice a instancia de un determinado socio sino que aquella efectivamente se realice y el socio pueda tener perfecto conocimiento de la contabilidad de la sociedad».

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

2. En el expediente que da lugar a la presente la sociedad ha acreditado que en su día nombró auditor para el periodo a que se refiere la solicitud del socio minoritario pero no ha conseguido justificar que ha llevado a cabo alguna de las acciones de garantía que exige esta Dirección General para enervar su derecho.

Es cierto que la sociedad no ha podido llevar a cabo la inscripción en el Registro Mercantil por tener el folio cerrado a consecuencia de la falta de depósito de cuentas de ejercicios anteriores. Tampoco ha acreditado que el informe de verificación se ha llevado a cabo y se ha entregado al solicitante ni consta incorporado al expediente. Al respecto es preciso tener en cuenta: a) que la sociedad no está obligada a verificación por lo que su contabilidad no tiene porqué revestir una especial complejidad (*vide* arts. 254, 257, 258 y 261 en relación al art. 263 de la Ley de Sociedades de Capital); b) que de conformidad con el artículo 270 de la Ley de Sociedades de Capital el plazo ordinario para la elaboración del informe de verificación es el de un mes desde que se haya puesto a disposición del auditor la documentación oportuna; c) que al tiempo de emitir esta resolución han transcurrido cinco meses desde el cierre del ejercicio social, plazo razonable para la emisión del informe de verificación (*vide* art. 8 del Real Decreto 1517/2011, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas).

3. Las alegaciones de contrario no pueden ser amparadas por esta Dirección por cuanto el hecho de que el socio solicitante conozca la existencia del acuerdo de septiembre de 2014 no le priva del derecho reconocido en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital al no concurrir otra circunstancia que enerve su situación jurídica. El acuerdo de la Junta puede ser revocado o no llevado a efecto por la administración de la sociedad o frustrarse por cualquier otro motivo por lo que no puede afirmarse, como hace el escrito de recurso, que está garantizada su posición jurídica.

Tampoco puede afirmarse que se pondrá a su disposición el informe de auditoría cuando se convoque Junta General. Esta Dirección General ha reiterado que no pueden, en modo alguno, confundirse el derecho a conocer y examinar las cuentas sociales, o derecho de información que asiste a todos los socios de entidades mercantiles, con independencia del porcentaje de capital que ostenten en la compañía con el derecho a la verificación contable que reconoce el artículo 265.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital a aquellos que reúnan un porcentaje de participaciones sociales equivalentes al menos al 5% de capital social y que presenten su solicitud dentro de los tres meses siguientes al cierre del ejercicio a auditar. Resulta evidente que ambos derechos, aunque relacionados, son distintos e independientes en su ejercicio, ya que éste último tiene la finalidad de que las cuentas anuales sean verificadas por un auditor de cuentas ajeno a la estructura empresarial de la sociedad afectada por la solicitud, de modo que el ejercicio de uno no puede impedir ni obstaculizar el ejercicio de otro. Al socio le ampara la Ley para solicitar y conseguir que las cuentas anuales sean verificadas por auditor independiente. Así resulta de los citados artículos y de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 13 de agosto, 1 de septiembre, 6 de octubre de 2010 y 28 de julio de 2014 entre otras muchas.

Finalmente afirmar que por la circunstancia de que no se ha revocado el nombramiento de auditor (circunstancia que no resulta del expediente), está garantizada la posición del socio minoritario es igualmente insostenible. Nada impide que la sociedad revoque el nombramiento del auditor designado si lo estima oportuno (art. 264 de la Ley de Sociedades de Capital), frustrando así el interés protegible del socio. Sin necesidad de pronunciarse sobre la cuestión de la inscribibilidad del nombramiento del auditor designado por el registrador mercantil (cuestión que excede del ámbito de este recurso), lo cierto es que la situación que se produce cuando así ha ocurrido no puede equipararse cuando la designación ha sido llevada a cabo de forma voluntaria por la sociedad. Como ha afirmado esta Dirección en múltiples ocasiones (*vide* resoluciones de 26 de junio y 28 de julio de 2014, por todas), el expediente registral a través del que se da respuesta a la solicitud prevista en el apartado 2.º del artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital aparece desarrollado en Título III del Reglamento del Registro Mercantil destinado a regular «otras funciones del Registro», funciones distintas de las relativas a la inscripción de los empresarios y sus actos. Si ésta aparece presidida por la función calificadora como control de legalidad que en aras del interés público a que responde la publicidad registral es llevado a cabo por el registrador de forma unilateral y objetiva, ajena a la idea de contienda u oposición de intereses entre partes, en los expedientes sobre nombramiento de auditores a que se refiere el tan repetido artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital existe un foro de contraposición de intereses que ha de resolver el registrador como órgano de la Administración (Resolución de 15 de

julio de 2005). De este modo, la decisión del Registrador Mercantil declarando la procedencia del nombramiento solicitado por la minoría no tiene el carácter de calificación registral, sino que es un acuerdo adoptado por quien en este procedimiento regulado en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil es la autoridad pública competente para resolver la solicitud (Resoluciones de 13 de enero de 2011 y 10 de julio de 2013). En definitiva, y como ha mantenido reiteradamente esta Dirección General, la actuación del registrador viene amparada por la atribución competencial que lleva a cabo el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital y que desarrolla el Reglamento del Registro Mercantil para resolver, en el ámbito del procedimiento especial por razón de la materia jurídico privada que el mismo regula, la pretensión del socio minoritario sin perjuicio de la revisión jurisdiccional del acto administrativo que del procedimiento resulte. En definitiva, nombrado por el registrador mercantil un auditor en el ámbito que nos ocupa su nombramiento accederá a la hoja de la sociedad de conformidad con las reglas generales en el momento en que la situación registral así lo permita garantizando así que el derecho del socio minoritario sea respetado en todo caso.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Pontevedra, don Vicente Artime Cot de fecha 20 de abril de 2015.

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

Madrid, 8 de junio de 2015.—Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.—Sr. Registrador Mercantil de Orense.

Resolución de 15 de junio de 2015 (1.ª)

En el expediente 21/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Ibermaiz, S.A.».

HECHOS

I

Don, en nombre y representación de doña, presentó un escrito de fecha 11 de enero de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 14 de enero de 2015, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Ibermaiz, S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad, por medio de su Consejero Delegado don, se opuso a la pretensión del socio alegando que, el Órgano de Administración de la sociedad está compuesto por un Consejo de Administración formado por tres miembros que a su vez son Consejeros Delegados de la misma y que tras la muerte de uno de ellos, don, Presidente del Consejo de Administración, quedó incompleto el citado Órgano. En fecha 27 de mayo de 2014 se convocó una Junta General Ordinaria, celebrada el día 30 de junio de 2014, que tras ser recogida en Acta Notarial y presentada en el Registro Mercantil de Madrid fue calificada negativamente por el Registrador al requerir la convocatoria acuerdo colegiado del órgano de administración y no decisión unilateral del Consejero Delegado.

El Consejero Delegado solicitó el día 5 de septiembre de 2014 la convocatoria judicial de la Junta General, siendo uno de los puntos del día el nombramiento de auditores de cuentas, no habiendo sido convocada hasta el día de hoy por el Juzgado.

Con fecha 31 de diciembre de 2014, presentó en el Registro Mercantil de Madrid, junto con la aceptación del auditor, certificación de decisiones del Consejero Delegado de «Ibermaiz S.A.», por el que se nombraba auditor a la mercantil «MGI Audicon & Partners, S.L.P.», no practicándose la inscripción por encontrarse la hoja registral de la sociedad cerrada por falta de depósito de las Cuentas Anuales, no obstante, el asiento continúa vigente hasta que no trascurren 60 días hábiles desde su notificación.

III

El Registrador Mercantil de Madrid, don Manuel Casero Mejías dictó Resolución en fecha 5 de febrero de 2015, por la que acordó dejar en suspenso el nombramiento de auditor solicitado durante el plazo de vigencia de dicho asiento, procediendo a la designación del auditor solicitado si durante ese período no se inscribía el nombramiento aprobado por la sociedad, se aportaba el correspondiente informe de auditoría al expediente o se acreditaba fehacientemente la entrega de dicho informe al solicitante.

IV

Don, en calidad de Consejero Delegado de la sociedad, presenta un escrito de fecha 27 de febrero de 2015, que tuvo su entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Madrid en el que aportaba el informe de auditoría expedido por «MGI Audicon & Partners, S.L.P.».

V

El Registrador Mercantil dicta resolución de fecha 3 de marzo de 2015 inadmitiendo la solicitud de nombramiento de auditor, al haberse dado cumplimiento de la incorporación al expediente del informe de auditoría de cuentas dentro del plazo previsto por la Ley y remitiéndose copia del citado informe a la accionista solicitante.

VI

Doña, por escrito de fecha 13 de marzo de 2015, que tuvo entrada el 20 de marzo de 2015 en el Registro Mercantil de Madrid, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, alegando entre otras cuestiones que tras el fallecimiento del Presidente del Consejo de Administración, mientras no se designe quien le sustituya en el cargo, impone un órgano sobrevenidamente distinto del inicialmente constituido siendo necesaria la actuación mancomunada de los miembros del Órgano de Administración, por lo que el nombramiento de auditor realizado unilateralmente por el Consejero Delegado resultaría ineficaz.

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 entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de septiembre de 1993 y, como más recientes, las de 29 de septiembre de 2005, 23 de marzo y 19 de abril de 2006, 31 de octubre de 2009 y 23 de febrero de 2011.

1. No pueden prosperar ninguna de las alegaciones formuladas por la recurrente. En efecto, la finalidad del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital es la de reforzar la posición dentro de la estructura empresarial de los socios minoritarios permitiéndoles conocer si la contabilidad refleja la imagen fiel del patrimonio y de la realidad financiera de la empresa mediante el informe realizado de un auditor de cuentas, no frustra el derecho del socio el origen del nombramiento, sea registral, voluntario o judicial, puesto que el auditor, como profesional independiente, inscrito en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas, ha de realizar su actividad conforme a las normas legales, reglamentarias y técnicas que regulan la actividad auditora.

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

la entrega al socio del referido informe o bien mediante su incorporación al expediente.

El nombramiento de auditor de cuentas acordado por la sociedad, presentado junto con la aceptación de los auditores a inscripción el día 31 de diciembre de 2014, fue previo a la entrada de la solicitud del socio en el Registro Mercantil, estando vigente el asiento de presentación referido.

Además, el Registrador Mercantil ha acreditado que la sociedad, ha incorporado el informe de auditoría expedido por «MGI Audicon & Partners, S.L.P.», de fecha 23 de febrero de 2015

Como resulta de las anteriores circunstancias, en el presente expediente concurren las condiciones necesarias para enervar la solicitud del socio pues del conjunto de la prueba aportada por la sociedad resulta indubitado que nombró auditor con anterioridad a la solicitud llevada a cabo por el socio minoritario. Además la sociedad ha aportado al expediente el informe de verificación llevado a cabo en relación a las cuentas del ejercicio 2014. En tales circunstancias ni jurídica ni económicamente es defendible la procedencia de nombramiento de otro auditor para la verificación de las cuentas correspondientes al mismo ejercicio.

Como ha afirmado esta Dirección en numerosas ocasiones (*vide* resoluciones de 30 de julio y 6 de agosto de 2014, por todas), resulta forzoso entender que el interés que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital pretende proteger está debidamente salvaguardado por cuanto la pretensión de que las cuentas de la sociedad sean sometidas al examen de un auditor con el fin de determinar si expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación, ha sido debidamente cumplimentado (art. 1.3 de la Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas).

2. Cabe recordar que las acciones civiles o penales que los interesados hayan emprendido o puedan emprender contra quienes ejercen la administración social por haber incurrido en responsabilidad civil o penal en el ejercicio de sus cargos no puede interferir en este procedimiento registral de nombramiento de auditor de cuentas, a menos que haya recaído sentencia firme ordenando la cancelación de la inscripción practicada.

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

miento, como el presente, limitado tanto por su materia como por sus medios de conocimiento.

3. Por último, este Centro Directivo recuerda que el nombramiento de auditor de cuentas no se encuentra entre las facultades indelegables enumeradas en el artículo 249 bis de la Ley de Sociedades de Capital, como declara el Registrador Mercantil.

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

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil núm. II de Madrid, don Manuel Casero Mejías, de fecha 3 de marzo de 2015.

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

Madrid, 15 de junio de 2015.—Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.—Sr. Registrador Mercantil II de Madrid.

Resolución de 15 de junio de 2015 (2.^a)

En el expediente 28/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de una mercantil socia de «Inmobiliaria 74, S.A.».

HECHOS

I

Don, actuando en su calidad de Consejero Delegado, en nombre y representación de la mercantil «Jaleda Inversiones, S.L.», presentó un escrito de fecha 26 de enero de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, en el que tuvo su entrada el 30 de enero de 2015, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Inmobiliaria 74, S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014. La solicitud se acompañó de fotocopia de la escritura pública de transmisión de acciones de la entidad «Inmobiliaria 74, S.A.», autorizada por el Notario de Terrasa don Josep María Fugardo Estivill el día 26 de junio de 2007, número 456 de protocolo, de la cual se desprende que la sociedad «Jaleda Inversiones, S.L.», adquirió a través de su representante 23.800 acciones de la compañía «Inmobiliaria 74, S.A.».

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que don, es Administrador Solidario de la mercantil «Inmobiliaria 74, S.A.», Consejero Delegado de la compañía «Jaleda Inversiones, S.L.» y socio mayoritario con el 90% de las acciones de la mercantil «Inmobiliaria 74, S.A.». 2.º La falta de capacidad legítima del Sr. Almirall para realizar la solicitud de nombramiento de auditor, dado que, conoce todos los actos que él mismo está desarrollando en la sociedad «Inmobiliaria 74, S.A.». 3.º Que utiliza la sociedad «Jaleda Inversiones, S.L.» para solicitar auditoría de las cuentas anuales de la mercantil «Inmobiliaria 74, S.A.», siendo un intento de eludir su responsabilidad en la tarea de administrador con lealtad a la sociedad, prevista en el artículo 226 de la Ley de Sociedades de Capital y no aparecer como responsable de la confección de las cuentas. 4.º Solo se podría entender articular una solicitud de nombramiento de auditor, si habiendo un desacuerdo con la Administración Solidaria de la sociedad, hubiera dimitido en sus funciones, y con su nueva calidad de socio pasivo, ante el desconocimiento de los hechos contables y del tráfico comercial de la sociedad, solicitase la verificación de las cuentas anuales a través de dicho nombramiento.

III

El Registrador Mercantil de Barcelona, don Jesús González García, dictó Resolución en fecha 20 de febrero de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don, por escrito de fecha 12 de marzo de 2015, que tuvo entrada el 20 de marzo de 2015 en el Registro Mercantil de Barcelona, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos y además añadiendo los siguientes: 1.º El recurrente es Admi-

nistrador Solidario de la mercantil «Inmobiliaria 74 S.A.» y Consejero Delegado de la sociedad «Jaleda Inversiones, S.L.». Ostenta la titularidad de 36,5 % y 73% del capital social respectivamente. Ruptura del principio de buena fe ya que es titular real de una participación directa y así mismo es Administrador Solidario de la sociedad a la que pide la auditoría. 2.º Tiene legitimidad para contratar directamente un auditor, contable, economista o cualquier otro profesional para que le ayude en sus tareas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. No puede prosperar la primera de las alegaciones invocadas por el recurrente consistente en que el Sr. Almirall es Administrador Solidario de la sociedad «Inmobiliaria 74, S.A.», de la que ostenta el 36,5%, Consejero Delegado de «Jaleda Inversiones, S.L.», de la que a su vez es titular del 73% del capital social, y que el representante de la mercantil solicitante carece de capacidad legítima de actuación para realizar la solicitud de nombramiento de auditor dado que conoce en profundidad los actos que él mismo está desarrollando en la sociedad «Inmobiliaria 74, S.A.».

Con carácter previo al estudio de esta primera cuestión, es conveniente precisar que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital permite al socio que reúna participaciones equivalentes al 5% del capital social, solicitar el nombramiento voluntario de auditor siempre que no hubieren transcurrido tres meses a contar desde la fecha de cierre del ejercicio social. Tal y como señala el Registrador Mercantil de Barcelona, en la resolución recurrida, la promotora del expediente de nombramiento de auditor es la mercantil «Jaleda Inversiones, S.L.», que actúa representada por medio del Sr. Almirall, y no éste último. Por lo tanto, al ser la sociedad «Jaleda Inversiones, S.L.», titular de acciones que representen al menos el 5% del capital social, haber presentado su solicitud antes de que hayan transcurrido tres meses contados desde el cierre del ejercicio social y no concurrir ninguna de las circunstancias que pudieran no obstante enervar el derecho del socio al nombramiento de auditor que verifique las cuentas del ejercicio económico inmediatamente anterior lo procedente es estimar la petición.

La sociedad recurrente insiste en que el representante de la sociedad solicitante es a su vez Administrador Solidario de la mercantil de la que se solicita la auditoría, sin embargo dicho representante no actúa en su propio nombre y derecho como socio, sino que únicamente es la persona física a través de la cual la mercantil actúa en el tráfico jurídico para hacer valer el derecho que el artículo 265.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital reco-

noce a todo socio, sea persona física o jurídica, siempre que concurren los requisitos que en el mismo se enumeran. Si bien es cierto el derecho del socio a la auditoría se frustra en aquellos supuestos en que el socio solicitante ostenta el cargo de administrador solidario, no lo es menos que, en el presente caso, el socio solicitante lo es la mercantil «Jaleda Inversiones, S.L.», y no su representante, no ostentando dicha compañía cargo alguno en el órgano de administración de la mercantil «Inmobiliaria 74, S.A.» y por lo tanto carece de facultades para contratar por sí misma un auditor voluntario para la revisión de las cuentas del ejercicio económico anterior.

2. Del mismo modo tampoco puede ser estimada la segunda de las razones esgrimidas en el escrito de recurso como fundamento de su pretensión relativa a la ruptura del principio de buena fe por ser el Sr. Almirall titular real de una participación directa y ser administrador Solidario. En numerosas ocasiones este Centro Directivo ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre esta materia (*vide* Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010) señalando que resulta imposible analizar en este trámite, dado lo limitado del conocimiento que tiene atribuido, las razones o motivaciones que llevan al accionista a solicitar el nombramiento ya que, si bien es cierto que estas motivaciones no serán siempre legítimas y que nuestro ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización de buena fe (art. 7 del Código Civil) y no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo, también es cierto que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no deben presumirse nunca, sino porque, además, siempre quedará expedita la vía jurisdiccional civil (art. 1902 del Código Civil).

3. En tercer lugar, no puede ser admitida la manifestación referente a que el Sr. Almirall conoce en profundidad los asuntos que él mismo está desarrollando porque no se pueden confundir el derecho que a los socios le reconoce el ya citado artículo 265 del Texto Refundido de la Ley de sociedades de Capital y el derecho de información reconocido en los artículos 196, 197 y 272 del mencionado Texto Refundido, que corresponde a todos los socios con independencia del porcentaje de acciones que ostenten en la sociedad. Como ha reconocido este Centro directivo en numerosas ocasiones (Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado de 13 de Agosto, 1 de septiembre y 6 de octubre de 2010 entre otras) resulta evidente que ambos derechos, aunque relacionados, son distintos e independientes en su ejercicio, de modo que el ejercicio de uno no puede ni impedir ni obstaculizar el ejercicio de otro.

4. Tampoco es causa hábil para revocar la resolución recurrida la afirmación de que la solicitud articulada por el Sr. Almirall, solo se podría entender cuando, habiendo un desacuerdo con la Administración Solidaria de la sociedad, hubiera dimitido en sus funciones, y con su nueva calidad de socio pasivo,

ante el desconocimiento de los hechos contables y del tráfico comercial de la sociedad solicitase la verificación de las cuentas anuales a través de dicho nombramiento. Reiterando los argumentos esgrimidos en la resolución recurrida las consideraciones sobre la necesidad o innecesariedad de la auditoría no pueden servir en ningún caso para frustrar el derecho del socio a la auditoría, dado que corresponde al socio juzgar sobre la citada necesidad.

5. Para concluir la sociedad recurrente alega que el Sr. Almirall tiene legitimidad para contratar directamente un auditor o cualquier otro profesional, sin embargo, como ya se concluyó al resolver sobre la primera causa de recurso, el socio solicitante es «Jaleda inversiones, S.L.» y no el meritado representante por lo que cabe rechazar dicha alegación por los motivos y en base a los fundamentos anteriormente expuestos.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Barcelona, don Jesús González García, de fecha 20 de febrero de 2015.

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

Madrid, 15 de junio de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.–Sr. Registrador Mercantil núm. XII de Barcelona.

Resolución de 15 de junio de 2015 (3.ª)

En el expediente 57/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «AMC 5, Sociedad Anónima Empresa Constructora».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito de fecha 23 de marzo de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Tarragona, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «AMC 5, Sociedad

Anónima Empresa Constructora», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

El registrador mercantil de Tarragona núm. I, don Juan E. Ballester Colomer dictó Resolución, transcurrido el plazo para el ejercicio del derecho de oposición, de la que resulta que procede el nombramiento del auditor solicitado.

III

Don, en representación de la sociedad, por escrito de fecha 29 de abril de 2015, que tuvo entrada el 4 de mayo de 2015 en el Registro Mercantil de Tarragona, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución. El recurso se articula en tres motivos: 1.º Que a la sociedad no les consta haber recibido la notificación de solicitud de nombramiento a efectos de realizar alegaciones. 2.º La sociedad había llevado a cabo con anterioridad el nombramiento de auditor voluntario para la verificación de las cuentas de 2014. 3.º Que al recibirse la notificación de la resolución del registrador mercantil, la sociedad detectó que no se había presentado en el Registro Mercantil el certificado de nombramiento de auditor voluntario, cuestión que ha quedado subsanada, quedando a la espera de la calificación del registrador mercantil.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 62, 89, 107 y 113 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil así como las resoluciones citadas en el texto.

1. La sociedad alude en su escrito de recurso al hecho de que no se le ha dado traslado de la documentación en la que el solicitante basa su pretensión a fin de llevar a cabo alegaciones.

Del expediente resulta que el registrador mercantil notificó a la sociedad mediante correo certificado con acuse de recibo. Del certificado de acuse emitido por Correos resulta que la notificación fue entregada el día 27 de marzo de 2015.

Procede en consecuencia desestimar este motivo de recurso por resultar acreditado en el expediente que la notificación se llevó a cabo en la forma prevista en el ordenamiento.

2. El segundo motivo de recurso hace referencia a una cuestión sobre la que esta Dirección se ha pronunciado de forma reiterada. En gran número de ocasiones (Resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012 y 4 y 25 de julio y 29 de octubre

de 2013, entre otras muchas), este Centro Directivo ha mantenido que la finalidad del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital es la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la estructura empresarial, para lo cual dicho artículo reconoce y regula el derecho a la verificación de la contabilidad social por un profesional independiente nombrado por el Registrador Mercantil a instancia de los socios que reúnan un mínimo de participaciones sociales o acciones equivalentes al 5% del capital social y siempre que presenten su solicitud en los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social.

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

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

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: a) Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de

auditor. b) Que se garantice el derecho del socio al informe de auditoría, lo que solo puede lograrse mediante la inscripción del nombramiento, mediante la entrega al socio del referido informe o bien mediante su incorporación al expediente.

3. En el expediente que da lugar a la presente la sociedad no ha acreditado ninguna de dichos requerimientos pues se limita a afirmar, sin apoyo documental alguno, que el nombramiento de auditor voluntario es anterior a la solicitud del socio minoritario y que tiene solicitada su inscripción en el Registro Mercantil. Del expediente no resulta ninguna de tales circunstancias por lo que no procede sino la desestimación del recurso.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Tarragona núm. I, don Juan E. Ballester Colomer.

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

Madrid, 15 de junio de 2015.—Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.—Sr. Registrador Mercantil de Tarragona.

Resolución de 15 de junio de 2015 (4.ª)

En el expediente 67/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Fielgón, S.A.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito de fecha 27 de febrero de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el 23 de marzo 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 «Fielgón, S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que el solicitante lleva a cabo una labor obstructora permanente desde que cesado como representante de la sociedad se opuso a las cuentas de 2011 que el mismo formuló dando como resultado el cierre de la hoja social. 2.º Que esta oposición lastró las cuentas de ejercicios posteriores con graves perjuicios a la sociedad. 3.º Que como represalia a su cese demandó judicialmente la disolución de la sociedad. 4.º Que la sociedad carece de capacidad económica para hacer frente al gasto derivado del nombramiento de un auditor.

III

El registrador mercantil de Madrid núm. III, don Jorge Salazar García dictó Resolución en fecha 14 de abril de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don, como apoderado de la sociedad, por escrito de fecha 8 de mayo de 2015, que tuvo entrada el día 12 inmediato posterior en el Registro Mercantil de Madrid, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos, añadiendo que el socio ejerce su derecho de modo antisocial en forma contraria a los artículos 6 y 7 del Código Civil y que el eventual nombramiento de un auditor solo dará como resultado la emisión de un informe con opinión denegada por limitación absoluta en el alcance y el cierre de la hoja social lo que prorrogará la situación que vive la sociedad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

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

Los motivos de recurso se pueden agrupar en dos: la falta de buena fe y la situación de abuso de derecho que provoca la actuación del socio instante y el previsible contenido negativo del informe de verificación que ha de producir el cierre de la hoja social con el consiguiente perjuicio a la sociedad.

2. Respecto a la primera cuestión es doctrina muy consolidada de esta Dirección que siendo indiscutible que nuestro ordenamiento jurídico no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo por lo que el

ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización de buena fe (art. 7 del Código Civil), también lo es que la apreciación de tales circunstancias resulta imposible en un procedimiento como el presente cuyo limitado conocimiento material y competencial lo impide, sin perjuicio del derecho de los interesados a acudir a los Tribunales de Justicia en defensa de su posición jurídica (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010 y 11 de marzo de 2014, entre otras).

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

3. El mismo destino merece el segundo motivo alegado pues, como resulta de las líneas anteriores, no se puede prejuzgar en el estrecho ámbito de este procedimiento ni cual haya de ser el resultado del informe de verificación ni las consecuencias jurídicas que del mismo puedan derivarse.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid núm. III don Jorge Salazar García de fecha 14 de abril de 2015.

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

Madrid, 15 de junio de 2015.—Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.—Sr. Registrador Mercantil núm. III de Madrid.

Resolución de 16 de junio de 2015

En el expediente 66/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Transportes Beltrán, S.L.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito de fecha 24 de marzo de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Castellón de la Plana, en el que tuvo su entrada el día 31 de marzo del mismo año, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Transportes Beltrán, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que se encuentra convocada Junta General de socios para el día 2 de mayo con el nombramiento de auditor para el ejercicio 2014 en el orden del día. 2.º Que estando previsto el nombramiento no procede que lo haga el Registro Mercantil.

III

La registradora mercantil de Castellón de la Plana, doña María Rosario Marín Padilla dictó Resolución en fecha 17 de abril de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don, como administrador único, por escrito de fecha 6 de mayo de 2015, que tuvo entrada el día 11 inmediato posterior en el Registro Mercantil de Castellón, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos añadiendo: 1.º Que no se comprende el argumento de la resolución pues las cuentas no estaban formuladas ni disponibles para su auditoría. Que el plazo para presentar las cuentas es de hasta un mes tras su aprobación por la Junta General. Que la Junta General de socios celebrada el día 2 de mayo acordó el nombramiento de auditor supeditado a las resultas de este expediente como resulta del acta notarial cuya copia se acompaña. 2.º Que la situación económica de la sociedad es delicada y todavía está enjugando pérdidas procedentes de la gestión del solicitante por lo que el nombramiento del auditor las haría aún más gravosas.

V

El día 12 de junio de 2015 tiene entrada en esta Dirección General escrito de don por el que manifiesta su voluntad de no continuar el procedimiento dado que se ha celebrado la Junta General a la que estaba convocado y se ha acordado el nombramiento de auditor de cuentas para el ejercicio 2014 por lo que entiende que ya no procede su designación por el Registro Mercantil desistiendo de su solicitud original.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 90 y 91 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

1. Esta Dirección General ha resuelto aceptar de plano el desistimiento presentado por don, solicitante de la auditoría de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014 para la sociedad «Transportes Beltrán, S.L.», y declarar concluso el procedimiento iniciado a su instancia al no existir interés protegible que imponga su continuación.

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

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

Madrid, 16 de junio de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador Mercantil Castellón de la Plana.

Resolución de 17 de junio de 2015 (1.^a)

En el expediente 74/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Dimoin Calderería, S.A.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito de fecha 13 de marzo de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 25 inmediato posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Dimoin Calderería, S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que en fecha 29 de diciembre de 2014 la Junta General de socios acordó el nombramiento de un auditor persona física y de un suplente, constando la aceptación del primero con firma legitimada notarialmente.

III

El registrador mercantil de Madrid núm. XIX, don, dictó Resolución en fecha 4 de mayo de 2015 por la que acordó admitir la oposición y rechazar el nombramiento del auditor solicitado habida cuenta de que en fecha 30 de abril de 2015 se había procedido a la inscripción de auditor de la sociedad para los ejercicios 2014, 2015 y 2016.

IV

Don, por escrito de fecha 11 de mayo de 2015, que tuvo entrada el día 13 posterior en el Registro Mercantil de Madrid, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, al considerar que de la documentación presentada por la sociedad resulta que el nombramiento de auditor se hizo para los ejercicios 2015 a 2017 pues tal como constaba en el orden del día la propuesta era de nombramiento para los tres ejercicios siguientes lo que imposibilita que fuera para el ejercicio 2014. Que la aceptación por parte del auditor para la verificación de las cuentas del 2014 es imposible por cuanto no fue nombrado para dicho ejercicio. Que la mención a los próximos ejercicios que contiene el certificado presentado a inscripción no puede ser entendida para el ejercicio actual. Que la falta de nombramiento de auditor para el ejercicio 2014 perjudica al solicitante pues podría no llegarse a la auditoría del ejercicio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

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

Resulta forzoso entender que el interés que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital pretende proteger está debidamente salvaguardado por cuanto la pretensión de que las cuentas de la sociedad sean sometidas al examen de un auditor con el fin de determinar si expresan la imagen fiel del patri-

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

Es cierto que la solicitud de inscripción de la auditoría ha sido posterior a la presentación de la instancia como resulta del contenido del expediente, pero es preciso tener en cuenta: a) que el interés protegible ha sido debidamente salvaguardado por la realización de la inscripción de nombramiento anterior del auditor nombrado por la sociedad; b) que no existe indicio alguno que permita afirmar que la actuación de la sociedad ha tenido por finalidad defraudar el derecho del solicitante, circunstancia que en cualquier caso debe ser objeto de pretensión ante los Tribunales de Justicia; c) que resulta innecesario y económicamente injustificable el nombramiento de un auditor para llevar a cabo el mismo cometido que el realizado por un profesional cuyo ejercicio se rige por los principios de independencia, objetividad e imparcialidad; d) que cualquier desviación de la anterior conducta debe ser puesta en conocimiento de la administración competente por el interesado para que adopte las medidas previstas en el ordenamiento; e) que como ha puesto de relieve esta Dirección General (*vide* resoluciones de 11 de marzo y 30 de julio de 2014), la objetividad, imparcialidad e independencia del auditor de cuentas son principios vertebradores de la actividad auditora y quedan salvaguardados por la Ley de Auditoría de Cuentas así como por su Reglamento de Ejecución y las Normas Técnicas de Auditoría. El artículo 11 de la Ley de Auditoría encomienda a los propios auditores el deber de abstenerse en los supuestos en que puedan incurrir en causa de incompatibilidad atribuyendo al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas la competencia de velar por el adecuado cumplimiento del deber de independencia, así como de valorar en cada trabajo concreto la posible falta de independencia de un auditor de cuentas o sociedad de auditoría. Si los interesados creen vulnerados dichos principios siempre podrán ejercitar las acciones administrativas de responsabilidad disciplinaria ante el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas o bien las acciones civiles o, incluso, penales pertinentes ante la jurisdicción competente; f) que resulta en definitiva que, satisfecho el interés protegible, no procede el nombramiento solicitado. Si el interesado considera que la actuación u omisión del auditor nombrado por la sociedad no es conforme con el cumplimiento de las obligaciones legalmente exigibles o que su independencia está comprometida debe dirigirse a la Autoridad competente alegando lo que a su derecho mejor convenga.

2. En nada cambia las anteriores conclusiones la afirmación del escrito de recurso de que el registrador ha interpretado mal la documentación que se le ha presentado a inscripción pues dicha circunstancia queda por com-

pleto al margen del ámbito de este procedimiento. 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 y resoluciones de este Centro de 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010, entre otras).

Constando inscrito en el Registro Mercantil el nombramiento de auditor voluntario para el mismo ejercicio que el solicitado, el registrador está vinculado por el asiento correspondiente (*vide* art. 18 del Código de Comercio), por lo que es correcta la actuación de declarar improcedente el nombramiento de un auditor para el mismo ejercicio de la sociedad.

3. Si el 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), sin perjuicio de cualquier otra acción que pudiera corresponderle. Lo que no puede pretender es que esta Dirección General asuma la defensa de su posición jurídica en un procedimiento, como el presente, limitado tanto por su materia como por sus medios de conocimiento.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid núm. XIX, don Mariano Álvarez Gómez de fecha 4 de mayo de 2015.

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

Madrid, 17 de junio de 2015.—Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.—Sr. Registrador Mercantil núm. XIX de Madrid.

Resolución de 17 de junio de 2015 (2.ª)

En el expediente 75/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Arconsa, S.A.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito de fecha 30 de marzo de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Melilla, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Arconsa, S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Existe manifiesta mala fe del solicitante que ha apurado el plazo para presentar su solicitud teniendo conocimiento de que la sociedad ya estaba realizando una auditoría de cuentas para el ejercicio 2014 desde la aprobación en la Junta de 28 de febrero de 2014. Que la auditoría, conforme a la propuesta de encargo que se acompaña, de fecha 10 de febrero de 2015, debe estar entregada el día 31 de mayo de 2015. Que de lo anterior resulta la absoluta innecesariedad de la auditoría y del gasto que comporta. 2.º Que la solicitud ni expresa su causa ni acompaña la documentación en que se basa la legitimación.

III

El registrador mercantil de Melilla, don Juan Pablo García Yusto dictó Resolución en fecha 24 de abril de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don, como administrador único de la sociedad, por escrito de fecha 11 de mayo de 2015, que tuvo entrada el día siguiente en el Registro Mercantil de Melilla, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos, añadiendo que como resulta claramente del escrito de encargo aportado, el informe de auditoría debe entregarse antes del 31 de mayo de 2015.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. El recurso no puede prosperar pues ninguno de los motivos en que se funda, tal y como están formulados, puede enervar el derecho del socio individual a solicitar el nombramiento de un auditor que lleve a cabo la verificación de las cuentas anuales.

Comenzando con las cuestiones formales planteadas, la inexpressión de causa de la solicitud no puede enervar el derecho del socio minoritario. Es constante doctrina de este Centro que, a diferencia de las solicitudes de nombramiento registral de auditor para las sociedades obligadas por ley a la verificación contable y fundadas en el artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital, en aquellas otras, exentas de esta obligación, la causa de la petición es siempre y típicamente la misma: la inexistencia de una auditoría previa. Dicha circunstancia determina la existencia de un interés protegible que se reconoce a los socios minoritarios y la consecuente atribución del derecho a solicitar que se lleve a cabo la verificación. Por ello, el artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil que articula el procedimiento para la tramitación de las solicitudes fundadas en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, no exige su expresión, de alcance puramente formal, pues, como ya se ha indicado, la inexpressión 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).

Por lo que se refiere a la falta de aportación de prueba de la legitimación, esta Dirección ha reiterado en numerosas ocasiones que el procedimiento de designación de auditor a instancia de la minoría se caracteriza por su falta de rigorismo formal (*vide* por todas, resolución de 21 de julio de 2010), por lo que ha mantenido que basta que el solicitante aporte un principio de prueba por escrito para entenderla acreditada, pues se estima que el Reglamento del Registro Mercantil –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–.

Es a la sociedad a la que corresponde desvirtuar dicho principio de prueba, aportando, a su vez, prueba suficiente como para deducir que la solicitante no ostentaba, en el momento de la solicitud, la legitimación que alegó. Con ello

se pretende no introducir un desequilibrio en el principio de igualdad jurídica de las partes intervinientes en el procedimiento.

2. Por lo que se refiere a la cuestión de fondo, vuelve a plantearse una vez más el conflicto entre la designación voluntaria de auditor llevada a cabo por la sociedad y la solicitud formulada por el socio minoritario. De forma reiteradísima (Resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012 y 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, entre otras muchas), este Centro Directivo ha mantenido que la finalidad del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital es la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la estructura empresarial, para lo cual dicho artículo reconoce y regula el derecho a la verificación de la contabilidad social por un profesional independiente nombrado por el Registrador Mercantil a instancia de los socios que reúnan un mínimo de participaciones sociales o acciones equivalentes al 5% del capital social y siempre que presenten su solicitud en los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social.

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

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 indepen-

dencia y de profesionalidad...ya que la finalidad del artículo 265.2 LSA no es que la auditoría se realice a instancia de un determinado socio sino que aquella efectivamente se realice y el socio pueda tener perfecto conocimiento de la contabilidad de la sociedad».

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

3. En el supuesto que da lugar a la presente si bien la sociedad ha acreditado la existencia de un nombramiento anterior a la solicitud del socio minoritario no ha acreditado en modo alguno que su interés legítimo esté debidamente garantizado por alguno de los medios que se han descrito.

La sociedad se limita a afirmar que el informe de auditoría debe ser entregado a la sociedad antes de determinada fecha pero de esta afirmación no resulta el cumplimiento de alguna de tales medidas de efectividad pues ni resulta la inscripción del nombramiento voluntario, ni resulta que el informe de auditoría se haya entregado al socio minoritario ni que se haya incorporado al expediente.

En tales circunstancias no procede sino la desestimación del recurso sin perjuicio de que, cumplida ya la fecha que la propia sociedad señala como de entrega del informe de verificación, si la propia sociedad acredita ante el registrador mercantil haber hecho entrega del mismo al socio instante o lo aporta al propio expediente, procederá su cierre sin designación de auditor. Y es que como ha reiterado esta Dirección (por todas, resolución de 6 de agosto de 2014), ni jurídica ni económicamente es defendible el nombramiento de un auditor para la verificación de cuentas cuando ya resulta nombrado otro y el interés protegible del socio individual está debidamente salvaguardado. En una circunstancia semejante, resulta forzoso entender que el interés que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital pretende proteger está debidamente salvaguardado por cuanto la pretensión de que las cuentas de la sociedad sean sometidas al examen de un auditor con el fin de determinar si expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación, ha sido debidamente cumplimentado (art. 1.3 de la Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas).

En virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Melilla, don Juan Pablo García Yusto de fecha 24 de abril de 2015.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significando-

les que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 17 de junio de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.–Sr. Registrador Mercantil de Melilla.

Resolución de 17 de junio de 2015 (3.ª)

En el expediente 76/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de socios de «Roda & Plat, S.L.».

HECHOS

I

Don, don, doña....., don y don, presentaron un escrito de fecha 20 de marzo de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitaron, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como cotitulares de más del 5% del capital social de «Roda & Plat, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que no se expresa la causa de la solicitud lo que provoca que al desconocer los motivos no pueda formularse una oposición de razones concretas. 2.º Que los solicitantes son titulares de la nuda propiedad de las participaciones sin señalar quien es el usufructuario por lo que carecen de legitimación. 3.º Que también carece de legitimación don, quien en fecha 12 de febrero de 2015 presentó a la sociedad escrito arrogándose la representación de los copartícipes. Entre dichos copartícipes se encuentra su hermano don que fue nombrado administrador en la Junta de 14 de mayo de 2014, nombramiento que no consta inscrito en el Registro Mercantil por lo que carece de legitimación al no constar previamente inscrito su nombramiento conforme al artículo 351.1 del Reglamento del Registro Mercantil.

III

La registradora mercantil de Madrid núm. VI, doña María Victoria Arizmendi Gutiérrez dictó Resolución en fecha 22 de abril de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado. De su resolución resulta que de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil no hay norma que modifique la previsión del artículo 127 de la Ley de Sociedades de Capital.

IV

Don, en calidad de representante solidario de la sociedad, por escrito de fecha 11 de mayo de 2015, que tuvo entrada el día 13 inmediato posterior en el Registro Mercantil de Madrid, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a que no consta la causa de la solicitud lo que le impide conocer los motivos concretos que la justifican.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. El recurso no puede prosperar. El único motivo alegado por la sociedad reside en la falta de expresión de la causa que motiva la solicitud de un conjunto de socios para ejercer el derecho que les reconoce el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

2. Es forzoso confirmar la resolución de la registradora mercantil de Madrid por cuanto la inexpressión de causa de la solicitud no puede enervar el derecho del socio minoritario. Es constante doctrina de este Centro que, a diferencia de las solicitudes de nombramiento registral de auditor para las sociedades obligadas por ley a la verificación contable y fundadas en el artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital, en aquellas otras, exentas de esta obligación, la causa de la petición es siempre y típicamente la misma: la inexistencia de una auditoría previa. Dicha circunstancia determina la existencia de un interés protegible que se reconoce a los socios minoritarios y la consecuente atribución del derecho a solicitar que se lleve a cabo la verificación. Por ello, el artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil que articula el procedimiento para la tramitación de las solicitudes fundadas en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, no exige su expresión, de alcance puramente formal, pues, como ya se ha indicado, la inexpressión de la causa de la petición o su expresión inadecuada es intrascendente en este procedimiento de nombramiento registral de auditor a instancia de los socios

minoritarios de entidades mercantiles (en este sentido pueden verse las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 12 y 23 de julio, 7 de octubre de 2010 y 11 y 31 de marzo, 4 y 11 de junio, 24 y 30 de julio y 4 y 5 de agosto de 2014 entre otras).

3. Las afirmaciones que de contrario hace la sociedad no pueden desvirtuar las consideraciones anteriores por cuanto no alcanzan a acreditar que los solicitantes no reúnen los requisitos establecidos en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. El derecho de los solicitantes a obtener la verificación de las cuentas anuales por un auditor designado por el registrador mercantil depende exclusivamente de dichos requisitos y no de la apreciación puramente subjetiva de la administración social sobre si está o no debidamente fundamentado el ejercicio de su pretensión.

Si la sociedad considera que el ejercicio del derecho obedece a motivos espurios debe alegarlos ante quien corresponda; la apreciación de tales circunstancias resulta imposible en un procedimiento como el presente cuyo limitado conocimiento material y competencial lo impide, sin perjuicio del derecho de los interesados a acudir a los Tribunales de Justicia en defensa de su posición jurídica (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010 y 11 de marzo de 2014, entre otras).

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Madrid núm. VI, doña María Victoria Arizmendi Gutiérrez de fecha 22 de abril de 2015.

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

Madrid, 17 de junio de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.–Sra. Registradora Mercantil núm. VI de Melilla.

Resolución de 17 de junio de 2015 (4.ª)

En el expediente 77/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Doble M Madrid Models, S.L.».

HECHOS

I

Doña, presentó un escrito de fecha 30 de marzo de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día siguiente, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Doble M Madrid Models, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la solicitante no tiene el porcentaje alegado sino un 4,99% como resulta de la escritura de aumento de capital que acompaña. 2.º Que con fecha 12 de julio de 2012 la solicitante adquirió 50 participaciones por su valor nominal; que siendo del capital social de 6010,12 euros dividido en 1000 participaciones resulta que su participación es del 4,99%. 3.º Que a la solicitante se le confirió un poder con amplias facultades por lo que ha participado activamente de la gestión y toma de decisiones de la sociedad. 4.º Que una sociedad pequeña con solo dos socios, la solicitante y quien se opone, no puede quedar expuesta a las arbitrariedades y caprichos de personas que utilizan mecanismos legales con otros fines.

III

El registrador mercantil de Madrid, don Adolfo García Ferreiro dictó resolución en fecha 27 de abril de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Doña, por escrito de fecha 14 de mayo de 2015, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Madrid, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando que la solicitante carece de legitimación al ser titular exclusivamente de un 4,99% del capital social pues siendo el valor unitario de cada participación de 6,01 euros al multiplicarlo por 50 da un resultado de 300,50 euros lo que supone la expresada participación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

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

1. El recurso no puede prosperar. El único motivo de recurso hace referencia a que, a juicio de la sociedad, la solicitante carece de legitimación al no reunir el porcentaje mínimo exigido por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. Son hechos incontrovertidos y aceptados por las partes que la solicitante es titular de cincuenta participaciones sociales del total de mil en que se divide el capital social; dicha participación equivale al 5% del capital social.

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

2. De la regulación legal resulta con absoluta claridad que el ejercicio de los derechos de los socios se vincula a la titularidad de las participaciones

sociales y que cuando se exige un quórum determinado se hace en función del porcentaje que dichas participaciones representan del total de participaciones existentes. En el mismo sentido el artículo 104 de la propia Ley establece que en el Libro registro de socios «... se harán constar la titularidad originaria y las sucesivas transmisiones, voluntarias o forzosas, de las participaciones sociales...» No hay duda que es la representación del capital social, las participaciones, y no el capital en si mismo, el criterio que sigue nuestro ordenamiento para regular el ejercicio de los derechos inherentes a la condición de socio.

Este es el criterio que debe aplicarse al supuesto que nos ocupa. Resultando que la solicitante es titular del 5% del total de las participaciones en que se divide el capital social ha acreditado debidamente reunir el requisito que para la estimación de su pretensión exige el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

Esta Dirección tiene declarado (*vide* resoluciones de 29 y 30 de julio, 5 de agosto y 12 de septiembre de 2014 y 17 de abril de 2015, entre otras muchas), que en lo referente a la negación de la legitimación no basta por si sola para justificar la oposición y que es necesario que la sociedad aporte, a su vez, prueba que demuestre que no reúne tal condición, pretendiendo con ello no introducir un desequilibrio en el principio de igualdad jurídica de las partes intervinientes que evidentemente la Ley no pretende. En el caso que nos ocupa, se ha aportado por la solicitante un principio de prueba sin que la sociedad haya desvirtuado la legitimación. Las alegaciones de la recurrente intentan desvirtuar dicha situación con un argumento imposible y que desconoce, como queda acreditado, que en las sociedades de responsabilidad limitada el ejercicio de los derechos inherentes a la condición de socio se anuda a la titularidad de las participaciones sociales en que se representa el capital social, representación que devendría inútil de aceptarse su tesis.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid, don Adolfo García Ferreiro de fecha 27 de abril de 2015.

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

Madrid, 17 de junio de 2015.—Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.—Sr. Registrador Mercantil núm. XII de Madrid.

Resolución de 17 de junio de 2015 (5.ª)

En el expediente 79/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un interesado de «V. Hurtado Peritos Tasadores, S.L.».

HECHOS

I

Doña, presentó un escrito dirigido al Registro Mercantil de Vizcaya, en el que tuvo su entrada el 12 de marzo de 2015, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «V. Hurtado Peritos Tasadores, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º La cuestión se enmarca en un proceso de división y liquidación de régimen económico matrimonial que se tramita en el Juzgado de Primera Instancia núm. 5, autos 30/2013 de Bilbao. Las participaciones pertenecen a la comunidad ganancial en fase de liquidación por lo que hasta que esta se produzca existe una comunidad postganancial. 2.º Que las participaciones son cosa litigiosa hasta que se decida la cuestión citando la resolución de esta Dirección de 8 de febrero de 1996. 3.º Que también se acredita la propuesta presentada por ambos cónyuges de convenio regulador del que resulta que cualquier decisión relativa a las cosas comunes ha de tomarse de consuno. 4.º Que no es el registrador mercantil el competente en este caso pues las discrepancias que puedan generarse han de ventilarse ante el juzgado competente que se está encargando del asunto. 5.º Que de todo lo anterior resulta la falta de legitimación de la solicitante al encontrarse la cuestión sub iudice.

III

El registrador mercantil de Vizcaya núm. III, don, dictó Resolución en fecha 14 de abril de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don, por escrito de fecha 11 de mayo de 2015, que tuvo entrada el día siguiente en el Registro Mercantil de Vizcaya, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 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.

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

Al respecto cabe señalar que el artículo 354.3 del Reglamento del Registro Mercantil dispone taxativamente que la decisión del registrador Mercantil declarando la procedencia o improcedencia del nombramiento podrá recurrirse en alzada ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en el plazo de quince días, comenzando el cómputo de dicho plazo a partir del día siguiente a la notificación de la resolución. En el caso presente, consta en el expediente que la notificación de la resolución de 14 de abril de 2015 del registrador Mercantil de Vizcaya, se recibió el día 20 de abril inmediato posterior conforme al certificado de entrega librado por la Oficina de Correos, mientras que el recurso de alzada que hoy se resuelve se presentó en el Registro Mercantil el día 12 de mayo de 2015; es decir, una vez vencido el plazo de quince días para su interposición, vencimiento que tuvo lugar el día 8 de mayo del mismo año.

Resultando que la resolución que se pretende impugnar alcanzó en dicha fecha el estado de firmeza (*vide* arts. 48 y 115.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común), no cabe sino inadmitir el presente recurso de alzada.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado inadmitir el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Vizcaya núm. III, don Carlos Alonso Olarra de fecha 14 de abril de 2015.

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

Madrid, 17 de junio de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador Mercantil núm. III de Bilbao.

Resolución de 17 de junio de 2015 (6.ª)

En el expediente 101/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de interesados de «Candelburguer, S.L.».

HECHOS

I

Don y don, presentaron un escrito de fecha 13 de marzo de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Santa Cruz de Tenerife, en el que tuvo su entrada el día 19 inmediato posterior, en el que solicitaron, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titulares cada uno de ellos de 9.5% del capital social de «Candelburguer, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

Acompañan a su escrito escritura de aceptación y adjudicación parcial de herencia de la que resultan inventariadas 133 participaciones sociales de la sociedad que se adjudican por cuartas e iguales partes los dos solicitantes y los señores y, En la estipulación cuarta de dicha escritura consta lo siguiente: «A los efectos del ejercicio de los derechos de socio en «Candelburguer, S.L.», cuyas participaciones se han adjudicado en proindiviso, los partícipes designan para ello a don,».

II

El registrador mercantil de Santa Cruz de Tenerife núm. I don, dictó Resolución en fecha 25 de marzo de 2015 por la que acordó inadmitir la solicitud y desestimar el nombramiento del auditor solicitado.

III

Don y don, por escrito de fecha 24 de abril de 2015, con sello de imposición de correos de la misma fecha, que tuvo entrada el día 28 inmediato posterior en el Registro Mercantil de Santa Cruz de Tenerife, interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: 1.º Que han sido notificados el día 26 de marzo de la calificación negativa del registrador mercantil; que el registrador mercantil debe limitarse a comprobar que los solicitantes ostentan el mínimo de capital social previsto en la Ley, que los solicitantes vienen ejerciendo sus derechos en la sociedad en base a las participaciones adjudicadas en su día reconociéndoles la propia mercantil su condición como resulta de copia del acta notarial de Junta. Que reconociéndoles la propia sociedad la titularidad del 9.5% alegada no procede el rechazo de la solicitud. Que se vulnera el artículo 110 de la Ley de Sociedades de Capital. 2.º Que se apoyan en la doctrina de la resolución de 4 de junio de 1999 y en la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2004. 3.º Que la comunidad hereditaria se extinguió con la partición entendiendo la parte que con ello se adquirió la propiedad individual de participaciones sociales. 4.º Que es de tener en cuenta la situación de la sociedad que no presenta a depósito sus cuentas y tiene el folio cerrado lo que aconseja el nombramiento de auditor como reconoce

la propia Dirección General en diversas resoluciones, como la de 13 de junio de 2013, en la que afirma que puede el juez designar un representante único frente a la sociedad distinto al designado por los herederos.

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. Como cuestión previa es preciso poner de manifiesto la deficiente instrucción de este expediente.

Como ha afirmado esta Dirección en múltiples ocasiones (*vide* resoluciones de 26 de junio y 28 de julio de 2014, por todas), el expediente registral a través del que se da respuesta a la solicitud prevista en el apartado 2.º del artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital aparece desarrollado en Título III del Reglamento del Registro Mercantil destinado a regular «otras funciones del Registro», funciones distintas de las relativas a la inscripción de los empresarios y sus actos. Si ésta aparece presidida por la función calificadora como control de legalidad que en aras del interés público a que responde la publicidad registral es llevado a cabo por el registrador de forma unilateral y objetiva, ajena a la idea de contienda u oposición de intereses entre partes, en los expedientes sobre nombramiento de auditores a que se refiere el tan repetido artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital existe un foro de contraposición de intereses que ha de resolver el registrador como órgano de la Administración (Resolución de 15 de julio de 2005). De este modo, la decisión del Registrador Mercantil declarando la procedencia del nombramiento solicitado por la minoría no tiene el carácter de calificación registral, sino que es un acuerdo adoptado por quien en este procedimiento regulado en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil es la autoridad pública competente para resolver la solicitud (Resoluciones de 13 de enero de 2011 y 10 de julio de 2013). En definitiva, y como ha mantenido reiteradamente esta Dirección General, la actuación del registrador viene amparada por la atribución competencial que lleva a cabo el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital y que desarrolla el Reglamento del Registro Mercantil para resolver, en el ámbito del procedimiento especial por razón de la materia jurídico privada que el mismo regula, la pretensión del socio minoritario sin perjuicio de la revisión jurisdiccional del acto administrativo que del procedimiento resulte.

2. 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 procedi-

miento administrativo (Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común). Como consecuencia, el registrador mercantil en uso de la competencia atribuida por la Ley de Sociedades de Capital debe emitir una resolución estimatoria o desestimatoria de la pretensión del solicitante, no una calificación, actuación esta que deriva de una atribución competencial distinta y que se sujeta a unos requisitos y tiene unas consecuencias también distintas; la resolución del registrador mercantil puede ser recurrida por el interesado en el plazo establecido en el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil, plazo distinto al previsto en el ordenamiento para el recurso contra las calificaciones de los registradores.

Las anteriores consideraciones son precedentes porque el registrador mercantil, en contestación a la pretensión del solicitante, produce un escrito de calificación en cuyo pie se reconocen al interesado el conjunto de recursos que para este supuesto prevé el ordenamiento (art. 19 bis y concordantes de la Ley Hipotecaria), con especificación de los plazos que para los mismos prevé la legislación (*vide* art. 326 de la Ley Hipotecaria).

En el expediente que nos ocupa, la aplicación del plazo previsto en el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil para la interposición del recurso previsto contra la resolución del registrador mercantil en el expediente de designación de auditor habría conducido inevitablemente a la inadmisión del escrito al haber sido presentado más allá de los quince días hábiles que aquél precepto establece; no obstante como el registrador ha reconocido al interesado un plazo improcedente dentro del que se ha interpuesto el escrito de recurso, este Centro Directivo considera que procede su admisión así como entrar en el fondo de la cuestión por evidente aplicación del principio «pro actione».

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

Tratándose de un supuesto de comunidad ordinaria, la designación del representante común ex artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital procederá de acuerdo con las normas previstas en la legislación civil. A la vista de lo que dice el artículo 398.1 del Código Civil, no existiendo regla pactada voluntariamente en contrario, será necesario el acuerdo de la mayoría de los partícipes. Se trata de una mayoría de cuotas o intereses, no de personas (argumento *ex* art. 398.2 del Código Civil). Si no resultare mayoría o el acuerdo de ésta fuera gravemente perjudicial a los interesados en la cosa común, el juez puede proveer a la designación de representante único frente a la sociedad ex artículo 398.3 del Código Civil en relación con lo previsto en el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital. En cualquier caso debe acreditarse la designación a los efectos de ejercitar los derechos inherentes al porcentaje de

capital. La sociedad puede resistir el ejercicio del derecho de solicitud de nombramiento de auditor por un copropietario que no sea el representante único designado por todos los partícipes: así lo tiene declarado este Centro Directivo en Resoluciones de 19 y 20 de abril de 1994, 15 de septiembre de 2006, 8 de junio de 2007 y 13 de junio y 8 de noviembre de 2013.

4. En el supuesto que da lugar a la presente son hechos que resultan del expediente: los solicitantes son cotitulares en condominio ordinario de determinadas participaciones sociales en cuanto a un 25% cada uno de ellos; junto a ellos existen otros dos cotitulares más que no forman parte de este expediente; en la escritura de partición por la que se llevó a cabo la adjudicación de los bienes hereditarios y se constituyó el condominio ordinario se nombró a uno de estos últimos (Luis Fernando Jara González), como representante a los efectos del artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital; no resulta del expediente que la situación expuesta haya sido objeto de modificación por acuerdo de los interesados o por decisión del Juez competente.

De lo anterior resulta que la única persona a quien el ordenamiento reconoce la facultad de ejercitar los derechos de socio que corresponden a los copropietarios de las participaciones no ha llevado a cabo la solicitud, de donde resulta la falta de legitimación de los solicitantes.

Ciertamente dicha situación puede alterarse como ponen de relieve los recurrentes pero ni resulta dicha circunstancia del expediente ni puede pretenderse que en su estrecho ámbito, se dé el valor que pretenden los recurrentes a determinadas actuaciones llevadas a cabo en el ámbito de una concreta Junta General. 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 y del que no forman parte personas que ostentan evidentes intereses dignos de protección por el ordenamiento jurídico.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Santa Cruz de Tenerife núm. I, don Andrés Baretino Coloma de fecha 25 de marzo de 2015.

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

a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 17 de junio de 2015.—El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.—Sr. Registrador Mercantil de Santa Cruz de Tenerife.

Resolución de 25 de junio de 2015 (1.ª)

En el expediente 71/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de don y don, como personas físicas designadas por las sociedades «Salar de Naxai, S.L.» y «Savevalley, S.L.» respectivamente, que a su vez son las administradoras únicas de las respectivas sociedades solicitantes «Travesaño, S.L.» y «Conedo, S.L.», como socias minoritarias de «Central de Servicios de Procuradores, S.L.».

HECHOS

I

Las sociedades «Travesaño, S.L.» y «Conedo, S.L.», presentan un escrito de fecha 3 marzo de 2015, dirigida al Registro Mercantil de Madrid, con entrada en dicho Registro Mercantil el mismo día, en el que solicitaron, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titulares de más del 5% del capital social de «Central de Servicios de Procuradores, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

Con fecha 5 de marzo de 2015, el Registrador Mercantil de Madrid don, les requirió para que identificasen a las personas físicas que comparecían en representación de las sociedades intervinientes, además de exigirles que presentaran el ejemplar por triplicado conforme a la Ley.

III

Mediante escrito de fecha 13 de marzo de 2015, que tuvo su entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Madrid, se dio cumplimiento al requerimiento del Registrador identificando a las personas físicas don y don, como personas físicas designadas por las sociedades «Salar de Naxai, S.L.», «Savevalley, S.L.», respectivamente, que a su vez son las administradoras únicas de las respectivas sociedades solicitantes «Travesaño S.L.» y «Conedo, S.L.», dándose traslado de conformidad a lo establecido en el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil a la sociedad afectada.

IV

La sociedad se opuso a la pretensión del socio por medio de su administrador único don, alegando: 1.º Que la solicitud que ahora se realiza ya fue instada para el ejercicio anterior por los mismos solicitantes, y fue resuelta por esta Dirección General por Resolución de fecha 20 de diciembre de 2013, resolviendo acerca de la necesidad de aguardar a que se dirimiera judicialmente el relevante hecho de determinar si la sociedad solicitante es o no socia de la sociedad afectada. 2.º Que esta cuestión no ha sido resuelta aún, pues aunque se ha dictado Sentencia favorable a las sociedades solicitantes, la misma carece de firmeza al haberse recurrido en apelación dicho fallo.

V

El Registrador Mercantil XIII de Madrid, don José María Méndez Castrillón dictó Resolución en fecha 8 de abril de 2015 por la que acordó dejar en suspenso el nombramiento de auditor hasta que se acredite de forma fehaciente la Sentencia firme sobre la titularidad de las participaciones de las solicitantes, en el proceso judicial correspondiente, procediendo al nombramiento de auditor solicitado si es rechazado el recurso de apelación interpuesto por la sociedad o siendo denegado si prospera dicho recurso.

VI

Con fecha 4 de mayo de 2015, don y don, como personas físicas designadas por las sociedades «Salar de Naxai, S.L.» y «Savevalley, S.L.», respectivamente, que a su vez son las administradoras únicas de las respectivas sociedades solicitantes «Travesaño, S.L.» y «Conedo, S.L.», presentaron un escrito en el Registro Mercantil XIII de Madrid, en el que tuvo entrada el día 7 de mayo de 2015, mediante el cual interponen recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, afirmando que si se nombra auditor la sociedad podría cumplir con las obligaciones básicas de contabilidad con mayor solvencia y porque la resolución dictada crea un marco de impunidad al evitar que se lleve a cabo la verificación de la gestión.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 90 y 91 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil. y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado 16 de enero de 2001, 12 de enero y 13 de junio de 2005, 24 de febrero, 10 de marzo de 2006, 25 de agosto de 2009, 21 de julio de 2011 y la de 20 de diciembre de 2013.

1. El principal problema que se plantea en el presente Recurso es si es posible el nombramiento de auditor a instancia de una persona cuya cualidad de socio está en entredicho por haber sido impugnada una Sentencia que así lo declara y todavía no ser firme. Esta misma cuestión, entre las mismas partes, ya fue resuelta por esta Dirección General por Resolución de fecha 20 de diciembre de 2013, no habiendo modificado este Centro Directivo su doctrina en este tema.

2. Procede confirmar en esta resolución la decisión adoptada por el Registrador Mercantil de Madrid que no hace sino reiterar la doctrina mantenida por este Centro Directivo. En efecto, siendo discutida en sede judicial la propiedad que ostentan los solicitantes sobre determinadas participaciones sociales que les atribuyen la condición de socio, tampoco queda acreditado el requisito de la legitimación exigido por el artículo 265.2 de la ley de Sociedades de Capital y, consecuentemente, para no denegar la pretensión deducida en la instancia, ante una eventual sentencia favorable a los intereses del peticionario, procede suspender el procedimiento hasta que se produzca una resolución judicial firme que dilucide si ostentan o no la condición de socios de la compañía y si están o no legitimados para ejercitar el derecho que reclaman, la cual habrá de acreditarse fehacientemente ante el Registrador Mercantil.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil XIII de Madrid don José María Méndez Castrillón de fecha 8 de abril de 2015.

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

Madrid, 25 de junio de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállico.–Sr. Registrador Mercantil núm. XIII de Madrid.

Resolución de 25 de junio de 2015 (2.^a)

En el expediente 78/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de una interesada en «Negobiter, S.L.».

HECHOS

I

Doña, presentó un escrito de fecha 22 de enero de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Álava, en el que tuvo su entrada el 26 inmediato posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Negobiter, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la solicitante no aporta título alguno que acredite su condición. 2.º Que en el libro registro de socios de la sociedad no aparece la solicitante como socio de la sociedad.

III

Requerida al efecto y mediante escrito de fecha 17 de marzo de 2015, la instante presenta en el Registro Mercantil la siguiente documentación: 1.º Copia de la escritura de fecha 22 de junio de 1998 por la que don, casado con doña....., adquiere 490 participaciones de la sociedad. 2.º Copia de la sentencia 403/2012 de 31 de julio de 2012 del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Vitoria (autos 824/2010), en cuyo fallo se estima que en el inventario para la liquidación del régimen económico matrimonial del matrimonio entre doña..... y don, se encuentra el 49% de las participaciones de la sociedad «Negobiter S.L.». 3.º Copia de la sentencia 229/2013 de la Audiencia Provincial de Álava (autos 132/2013), de fecha 24 de mayo de 2013 confirmatoria de la anterior en lo que a este expediente interesa.

IV

Por su parte la sociedad, mediante escrito de su administrador don, presenta la siguiente documentación: 1.º Copia de la sentencia 181/2009 del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Vitoria (autos 810/2008), de fecha 12 de marzo de 2009, que es firme, en cuyo fallo se acuerda la disolución por divorcio del matrimonio entre doña..... y don, el establecimiento de la obligación para el esposo de rendición de cuentas a través del juzgado de la gestión de la mercantil «Negobiter, S.L.» y la disolución de la sociedad de gananciales. Con carácter previo el Juzgado afirma que con la medida de rendición de cuentas se entiende suficientemente garantizado el patrimonio ganancial con expresa referencia a la sociedad «Negobiter, S.L.». 2.º Copia del Decreto 15/2015 de la Audiencia Provincial de Álava (autos 132/2013), por el que se declara la caducidad de la solicitud de aclaración, rectificación y/o complemento de la sentencia 229/2013 de la Propia Audiencia declarándose su firmeza.

V

El registrador mercantil de Álava, don Esteban Moyano Morales dictó Resolución en fecha 21 de abril de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

VI

Don, por escrito de fecha 8 de mayo de 2015, que tuvo entrada el día 13 siguiente en el Registro Mercantil de Álava, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a: 1.º Que la sociedad solo reconoce como socios a los que disfrutan de dicha condición según el libro registro de socios, condición que no ostenta la solicitante. 2.º Que como ha acreditado en el expediente y sin perjuicio de la existencia de comunidad sobre las participaciones sociales el Juzgado estableció que continuase la administración del señor sin perjuicio de su rendición de cuentas por medio del Juzgado. 3.º Que es de aplicación el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital habiendo establecido el Juez la persona a quien corresponde el régimen de administración.

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. Son hechos acreditados en el expediente los siguientes:

a) Que por escritura de 1998 don Adolfo Pérez de Unzueta Alustiza casado en régimen de gananciales con doña....., adquirió el 49% de las participaciones de la sociedad «Negobiter, S.L.».

b) Que por sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Vitoria de 2009, se declaró el divorcio entre los anteriores cónyuges y la disolución de la sociedad de gananciales. En dicha sentencia se declara que no proceden más medidas provisionales en relación a las participaciones de la sociedad «Negobiter, S.L.» que la rendición de cuentas ante el juzgado por parte de don

c) Que por sentencia del Juzgado de Primera instancia núm. 4 de Vitoria se declaró en el año 2012 que las participaciones de continua referencia forman parte del activo ganancial y que dicha sentencia devino firme conforme a la sentencia de apelación de la Audiencia Provincial de Álava de 2013 más arriba reseñada.

Fijados los hechos la cuestión se centra en determinar si en situación de comunidad postganancial el cónyuge no titular de las participaciones gananciales pendientes de liquidación está o no legitimado para solicitar la designa-

ción de auditor al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital habida cuenta de la situación litigiosa existente entre las partes.

Los motivos de recurso se articulan en tres argumentos que hacen referencia: a la falta de legitimación de la solicitante por no constar inscrita como socio en el Libro-registro de participaciones sociales; al carácter común de las participaciones que reconduce al régimen del artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital; al hecho de que el juez que conoce de la liquidación de gananciales ha rechazado explícitamente la adopción de medidas cautelares. Debe separarse la primera cuestión de las otras dos que se encuentran íntimamente ligadas.

2. Es preciso rechazar el primer motivo de recurso de la sociedad: que solo se reconocen como socios a los que constan como tales en el propio Libro-registro de la sociedad. Tal argumento es insostenible. No puede acogerse la oposición de la sociedad basada en el contenido del libro registro de socios pues como ha reiterado esta Dirección tal circunstancia por si sola no puede enervar el derecho del socio minoritario pues tal y como se ha puesto de manifiesto por la Dirección General de los Registros y del Notariado (Resoluciones de fechas 30 y 31 de mayo y 26 de junio de 2007 y 4 y 8 de noviembre de 2013 entre otras muchas), la condición de socio no solo puede ser acreditada mediante una certificación expedida por el órgano de administración social ni mediante la inscripción en el libro registro de acciones, ya que, de ser así, se dejaría al arbitrio de una de las partes de este procedimiento el ejercicio de un derecho que la ley le atribuye a la otra, el socio minoritario.

3. Para dar respuesta a las demás cuestiones es importante llevar a cabo un pronunciamiento sobre el impacto que tiene el régimen de gananciales sobre las participaciones que ostenta un socio con dicho carácter así como la situación que se produce con la disolución de la sociedad de gananciales hasta que se lleva a cabo su liquidación.

Respecto de la primera cuestión, esta Dirección General ha reiterado (*vide* resoluciones de 16 de mayo de 2012 y 4 de noviembre de 2013 por todas), que en el supuesto de participaciones sociales adquiridas por un cónyuge constante matrimonio existe una cotitularidad sobre todos los bienes que integran la comunidad ganancial que excluye la atribución de cuotas partes sobre los mismos, por tratarse de una comunidad germánica, en la que está vedada la disposición de los bienes por uno solo de los cónyuges sin perjuicio de la previsión del artículo 1384 del Código Civil. Como quiera que el ejercicio del derecho a la verificación contable no entraña ninguna facultad de disposición, sino que se ubica dentro de los actos de gestión y buena administración por ser su finalidad la de conocer la verdadera situación financiera y patrimonial de la empresa, se ha de concluir que los cónyuges están legitimados indistintamente para obtener el nombramiento registral de auditor de cuentas.

4. La doctrina anterior no puede ser mantenida pues no es conforme con la propia de los órganos jurisdiccionales a la que esta Administración debe acomodarse. Dichos órganos han ido conformando una doctrina basada en la

distinción entre los efectos que el carácter ganancial de las acciones o participaciones tiene entre los cónyuges con el carácter personal de la relación entre la sociedad y el socio titular de modo que aquellos no pueden interferir en el funcionamiento de esta. El carácter ganancial o no de acciones o participaciones es una cuestión ajena a la condición de socio que en nuestro ordenamiento mercantil se vincula exclusivamente a su titularidad, como a la misma se vincula el ejercicio de los derechos inherentes a tal condición. Como afirma el artículo 91 de la Ley de Sociedades de Capital: «Cada participación social y cada acción confieren a su titular legítimo la condición de socio y le atribuyen los derechos reconocidos en esta Ley y en los estatutos». En el mismo sentido, entre otros, los artículos 93, 99.1, 102, 104, 122, 126, 179, 183, 184, 188, 291, 292, 346, 353, 393 de la propia Ley de Sociedades de Capital.

Afirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 20 de julio de 1998 que: «... por ser cónyuge del socio, no se adquiere dicha condición, sino que tan solo se tiene posibilidad de ello por medio de un acto de transmisión». Y continúa: «Tampoco se trata de copropiedad de participaciones, pues en ese caso ambos cónyuges debían constar como copropietarios de las participaciones sociales y la designación formal a uno de ellos para el ejercicio de los derechos de socio (art. 35 LSRL), circunstancias que no se especifican en el presente caso donde solo aparece uno de los cónyuges como socio fundador y único propietario de las participaciones sociales suscritas. El hecho de que el titular de las participaciones sociales se halle casado bajo el régimen de sociedad de gananciales, no hace más que otorgar una serie de derechos al cónyuge no titular sobre el valor económico de tales participaciones: a percibir dividendos, a una cuota determinada del valor de realización de las participaciones al momento de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales».

Con mayor despliegue argumentativo afirma lo siguiente la Audiencia Provincial de Madrid en su sentencia de 18 de julio de 2000: «debe distinguirse, en las sociedades de capital, entre la titularidad de las participaciones y el derecho de asistencia a las Juntas. La seguridad jurídica en este tipo de sociedades, y la obligación legal de llevanza de un Libro Registro de Socios, implica que el ejercicio del derecho de asistencia a la Junta derive de la inscripción en el Libro Registro (art. 27 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada), o que se acredite frente a la sociedad, mediante documento público o escritura pública, que se es titular de los derechos políticos derivados de dichas participaciones (art. 26 de la Ley especial)». Y continúa: «El hecho de que el titular de las participaciones sociales, como ocurre en el caso de autos, se halle casado bajo el régimen de sociedad de gananciales, no hace más que otorgar una serie de derechos al cónyuge no titular sobre el valor económico de tales participaciones a percibir dividendos, a una cuota determinada del valor de realización de las participaciones al momento de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, pero no le otorga derechos políticos frente a la sociedad salvo representación del titular (art. 49 de la Ley

especial). Pero es que, aunque no fuera así y se considerara la existencia de una cotitularidad compartida sobre las participaciones, entraría en juego lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley especial, para supuestos de cotitularidad o copropiedad de participaciones, esto es, los cónyuges copartícipes habrían de designar una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio, designación que debería notificarse a la sociedad previamente a la Junta e inscribirse en el Libro Registro de socios, en aras de la seguridad jurídica y en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 26 y 27 de la Ley especial ya citados».

Y con toda contundencia la Audiencia Provincial de Murcia en su sentencia de 19 de octubre de 2004: «los títulos valores tienen dos facetas, una patrimonial y otra societaria, la primera comprendería la relación interna, esto es, la titularidad real, que en este caso es la sociedad ganancial, y la segunda afecta a su vertiente externa, la actuación frente a terceros, en que necesariamente ha de intervenir una sola persona física o jurídica...». Y termina: «Además, la solución es coherente con lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, que expresamente ordena que en los supuestos de cotitularidad de derechos sobre participaciones, los cotitulares habrán de designar a una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio. Esta tesis viene confirmada por la Dirección General de Registros y del Notariado, en resolución de 25 de mayo de 1987, citada por la propia recurrente, en la que se señala que «en tanto que bien ganancial, la participación social estará sujeta al régimen de gestión de los bienes gananciales, en el que, si bien es regla general la cogestión, es indudable la aplicación del inciso primero del artículo 1.384 del Código civil, en cuanto proclama la validez de los actos de administración realizados unilateralmente por el cónyuge a cuya nombre figuren. Por tanto, si la renuncia a la suscripción preferente de acciones se considera un acto de disposición, como sostiene la actora, o si se califica de acto de administración, como viene a defender la apelada al equipararlo con el no ejercicio de un derecho, la realidad es que el mismo no necesitaba el consentimiento de la cotitular patrimonial porque expresamente lo autoriza el artículo 1.384, con independencia de que sea a título gratuito u oneroso, sin necesidad de entrar en mayores disquisiciones».

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

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

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

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

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

6. Establecido lo anterior corresponde determinar la situación que se produce en relación a las acciones o participaciones de naturaleza ganancial cuando se produce, por cualquier motivo, la disolución de la sociedad de gananciales.

Al respecto, tiene declarado esta Dirección General y, como ha mantenido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que tras la disolución del matrimonio se abre un periodo transitorio en el que subsiste una comunidad postganancial, en tanto no se proceda a su liquidación, en la que hay una cotitularidad sobre todos los bienes que la integran que excluye la atribución de cuotas partes sobre los mismos, por tratarse de una comunidad germánica, en la que está vedada la disposición de los bienes por cualquiera de los cónyuges pero, en ningún caso lo está la administración y gestión de los mismos (sentencias del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1998 y 10 de julio de 2005).

En base a la misma doctrina se ha considerado reiteradamente por esta Dirección que acreditado el carácter ganancial de las participaciones y la concurrencia de causa de disolución, el cónyuge no titular estaba legitimado para el ejercicio del derecho reconocido en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital afirmando que no debe confundirse el supuesto de comunidad postganancial con el previsto en el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital, relativo a la copropiedad de participaciones y acciones, dado que se trata de comunidades de bienes radicalmente distintas.

7. Procede sin embargo revisar esta doctrina pues no existe una causa fundada para aplicar a la comunidad postganancial un régimen distinto del previsto por el ordenamiento para cualquier género de comunidad. Así lo expresa el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital con toda claridad: «La misma regla se aplicará a los demás supuestos de cotitularidad de derechos sobre participaciones o acciones». Así lo ha afirmado de forma reiterada esta Dirección en relación a otras comunidades de tipo germánico como la que surge al fallecimiento del socio titular entre los llamados a su herencia (Resoluciones de 28 de julio y 3 de noviembre de 2014).

Consecuentemente cuando se ponga de manifiesto ante la sociedad el hecho de la disolución de la sociedad de gananciales de la que forma parte el socio titular y la consecuente existencia de una situación de cotitularidad postganancial, será de plena aplicación la previsión del artículo 126 de la Ley

de Sociedades de Capital en cuanto exige «designar una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio» pues solo 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 concurren 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 solo de los partícipes de la comunidad postganancial no puede actuar sin que resulte su designación por el otro pues como mero titular de un porcentaje sobre un conjunto de acciones o participaciones sociales carece de legitimación para ejercitar el derecho a solicitar la verificación contable que corresponde a los dos (Resolución de 4 de junio de 2014).

Así lo entiende la sentencia 45/2006 de 7 febrero, de la Audiencia Provincial de Murcia cuando afirma: «como resultado, de todo lo expuesto, que en este nuevo régimen jurídico derivado de la disolución de la sociedad de gananciales, aquellos pactos iniciales referidos al reparto de la titularidad nominal de las acciones, carecen de validez, y por tanto han de declararse nulos los acuerdos sociales adoptados conforme a los mismos en la Junta General de Socios celebrada el día 7 de mayo de 2005 por infracción de lo dispuesto en el artículo 35 LSRL relativo a las reglas de copropiedad de participaciones sociales» (en sentido similar la sentencia 393/2010, de 11 de marzo de la Audiencia Provincial de A Coruña).

8. Distinto es el supuesto en el que entre los cónyuges exista una contienda judicial pues en este caso, a falta de acuerdo, lo procedente es suspender el procedimiento de designación de auditor hasta que recaiga resolución judicial firme de la que resulte la titularidad de las acciones o participaciones.

Como ha reiterado esta Dirección (Resoluciones de 22 de septiembre de 2012, 13 de mayo y 20 de diciembre de 2013 y 31 de enero, 5 de agosto, 1 de octubre y 10 de diciembre de 2014, entre las más recientes), procede la suspensión del procedimiento cuando se está discutiendo en vía judicial la legitimación del conjunto de acciones o participaciones en que se funde, como ocurre en los procedimientos judiciales de separación o divorcio en los que se discute su carácter ganancial o su liquidación o ambas cuestiones.

Constituye una excepción el supuesto en el que existe un pronunciamiento del juez que conoce del procedimiento sobre la persona que debe ejercitar los derechos inherentes a la condición de socio (*vide* resoluciones de 31 de marzo y 23 de abril de 2014), pues con independencia de a quien se atribuyan finalmente la totalidad o parte de las acciones o participaciones en liquidación se

ha adoptado una medida aplicable a la situación interina que debe ser respetada tanto por la sociedad como por el registrador mercantil (*vide* sentencia 541/2010 de 9 diciembre, de la audiencia Provincial de La Coruña en un supuesto de comunidad hereditaria).

9. En el supuesto que da lugar a la presente y como resulta de los hechos es esta última situación la que resulta del expediente. Existiendo un proceso pendiente entre los cónyuges sobre la liquidación de las participaciones gananciales, el juez que conoce del asunto, ante la expresa solicitud de que se adopten medidas provisionales en relación a aquellas, ha determinado que no proceden más allá de la rendición de cuentas ante el propio juzgado de quien aparece como socio titular, considerando que de este modo se salvaguarda debidamente el interés del patrimonio ganancial. Dicha afirmación solo puede ser entendida en el sentido de que corresponde a quien aparece como socio titular el ejercicio de los derechos inherentes a tal condición, sin perjuicio de su obligación de rendir cuentas ante el juez de modo que la defensa de los intereses de la comunidad postganancial quede salvaguardada sin que de ello se derive una suspensión o perturbación en la adecuada marcha de la sociedad.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Álava, don Esteban Moyano Morales de fecha 21 de abril de 2015 en los términos que resultan de las consideraciones anteriores.

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

Madrid, 25 de junio de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállico.–Sr. Registrador Mercantil de Álava.

Resolución de 25 de junio de 2015 (3.ª)

En el expediente 81/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «El Beltxa 2013, S.L.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito de fecha 5 de marzo de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «El Beltxa 2013, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que las cuentas de 2014 no han sido formuladas a la fecha por lo que no existe soporte para su verificación. 2.º Que existe un proceso penal abierto en el que el solicitante ha presentado querrela contra la administradora de la sociedad por lo que la cuestión se encuentra *sub iudice*. 3.º Que en el ámbito del dicho proceso la defensa ha solicitado como prueba pericial la verificación contable de los ejercicios 2013 y 2014, lo que se justifica. 4.º Existe entre el solicitante y la administradora y titular del restante 50% de la sociedad una negociación encaminada a la adquisición por esta última del 100% del capital social lo que privaría al solicitante del interés para solicitar la auditoría.

III

El registrador mercantil de Madrid núm. II don Manuel Casero Mejías dictó Resolución en fecha 20 de abril de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Doña, administradora de la sociedad, por escrito de fecha 9 de abril de 2015, que tuvo entrada el 18 de mayo posterior en el Registro Mercantil de Madrid, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos, añadiendo que la sociedad no puede afrontar el gasto económico de dos auditorías y que la adquisición de la parte del solicitante ya se ha acordado estando pendiente de formalización resultando de todo ello que la solicitud no tuvo otra finalidad que forzar un escenario de negociación por lo que se vulnera el principio general de la norma.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

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

1. El recurso no puede ser estimado pues ninguno de los argumentos en él vertidos puede enervar el derecho del socio minoritario a obtener el nombramiento de un auditor por parte del registrador mercantil.

2. En primer lugar porque el hecho de que las cuentas no se hallen formuladas es irrelevante al efecto de determinar si procede o no la designación de auditor. En sociedades obligadas a la verificación de cuentas el nombramiento de auditor debe incluso ser anterior al cierre del ejercicio que ha de ser auditado (art. 263 de la Ley de Sociedades de Capital), y consecuentemente anterior a la formulación de las cuentas. En sociedades no obligadas, el nombramiento debe solicitarse después de que el ejercicio esté cerrado cuando ya ha comenzado el plazo para la formulación de las cuentas; no obstante la previsión legal es, como resulta de la interpretación conjunta de los artículos 253, 263, 265, 270 y 272 de la Ley de Sociedades de Capital, que el informe de verificación esté disponible al tiempo de la celebración de la Junta General que ha de aprobar las cuentas anuales siendo ésta la circunstancia relevante y no que al tiempo del nombramiento las cuentas estén o no formuladas.

3. Tampoco puede estimarse el motivo que alude a la existencia de un procedimiento penal en marcha. Esta Dirección ha reiterado (Resoluciones de 22 de septiembre de 2012, 13 de mayo y 20 de diciembre de 2013 y 31 de enero de 2014, entre las más recientes), que solo procede la suspensión del procedimiento cuando, con anterioridad a la presentación de la instancia del socio en el Registro Mercantil solicitando la auditoría, se está discutiendo en vía judicial su legitimación, bien porque se discuta su condición de socio, bien porque se discuta el porcentaje de participación en el capital social, bien para discutir si el solicitante es titular de participaciones concretas o bien de un porcentaje sobre un conjunto de ellas.

4. Por el mismo motivo no puede apreciarse la alegación de que se ha solicitado, en el ámbito del proceso, la verificación de las cuentas anuales de los ejercicios 2013 y 2014. No resulta del expediente que se haya ordenado por el Juez la práctica de dicha prueba ni las circunstancias en que haya de desarrollarse. La mera solicitud, que se acredita, no puede en consecuencia enervar la solicitud del socio minoritario en términos que hagan decaer el derecho que le reconoce el ordenamiento.

5. Por último alude el escrito de oposición y el posterior de recurso a la existencia de negociaciones de compra de las participaciones del socio instante, negociaciones que habrían culminado en acuerdo. Es cierto que es doctrina asentada de esta Dirección General que si se acredita en el expediente la transmisión de las participaciones hay que entender decaído el interés del solicitante (a salvo el supuesto de que el adquirente reitere la petición). Sin embargo no resulta del expediente circunstancia alguna que acredite la aseveración del escrito de recurso por lo que no procede sino su desestimación.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid núm. II, don Manuel Casero Mejías de fecha 20 de abril de 2015.

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

Madrid, 25 de junio de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállico.–Sr. Registrador Mercantil núm. II de Madrid.

Resolución de 25 de junio de 2015 (4.ª)

En el expediente 82/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de interesados en «Frenos y Embragues Palencia, S.L.».

HECHOS

I

Doña, don, don y doña....., como comunidad de herederos por fallecimiento de don, presentaron un escrito de fecha 27 de marzo de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Palencia, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitaron, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular la comunidad de más del 5% del capital social de «Frenos y Embragues Palencia, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

Aportan junto a la instancia certificación de defunción de don, certificado de últimas voluntades y copia del testamento abierto autorizado por el notario de Palencia don José María Machín Acosta el día 8 de febrero de 2012 en el que el causante lega a su cónyuge doña..... alternativamente el tercio de libre disposición o el usufructo universal de la herencia instituyendo herederos por partes iguales a sus tres hijos don, doña..... y don, También acompañan un borrador de escritura de partición de herencia.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que los solicitantes carecen de legitimación por cuanto no han liquidado la sociedad de gananciales ni han partido la

herencia del fallecido socio y solo presentan un borrador de la escritura de partición. De todo lo anterior resulta que se desconoce a quien corresponde la titularidad y participaciones concretas de la sociedad. 2.º La petición corresponde al Juzgado de Primera Instancia de Palencia y no al registrador mercantil. 3.º La causa de la solicitud es incongruente pues lo que pretenden es averiguar el valor real de la sociedad (habiendo solicitado auditoría en los ejercicios 2012 y 2013 también), con lo que están causando cuantiosos gastos a la sociedad y al resto de socios sin que hayan atendido al requerimiento de los consejeros delegados de pagar la parte proporcional que les corresponde. 4.º Que la solicitud no respeta los estatutos sociales que establecen que el único título de propiedad será la escritura de constitución o el documento público del que resulten adquisiciones subsiguientes, la obligatoriedad de hacer constar en documento público las transmisiones sin cuyo requisito el adquirente no podrá pretender el ejercicio de los derechos sociales y que en caso de usufructo se estará a lo que resulte de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

III

Los solicitantes, notificados del contenido del escrito de oposición, alegaron por su parte: 1.º Que es evidente que la herencia yacente es titular de los derechos derivados de las participaciones sociales aunque no se haya aceptado la herencia con cita de numerosa jurisprudencia. 2.º Que es competente el registrador mercantil como resulta de los artículos 2 y 23 del Reglamento del Registro Mercantil. 3.º Que no hay incongruencia alguna por limitarse a solicitar lo previsto en el artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil. 4.º Que la comunidad hereditaria de herencia yacente está reconocida en el ordenamiento y puede ejercitar los derechos inherentes reconocidos en dicho precepto.

IV

La registradora mercantil de Palencia, doña Ana María Crespo Iribas dictó Resolución en fecha 4 de mayo de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

V

Doña, en representación de la sociedad, por escrito de fecha 14 de mayo de 2015, que tuvo entrada el día 18 inmediato posterior en el Registro Mercantil de Palencia, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. Ninguno de los motivos de recurso puede ser apreciado por lo que procede la confirmación de la resolución por la que se reconoce a los instantes el derecho a que se designe auditor de conformidad con el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. La cuestión suscitada es básicamente la misma que dio lugar a la resolución de 28 de julio de 2014 suscitada entre los mismos interesados. En consecuencia la respuesta debe ser la misma que entonces se emitió.

2. Como afirma dicha resolución y se reitera ahora, este Centro Directivo ha mantenido que es suficiente la aportación de un principio de prueba por escrito para entender acreditada la legitimación del solicitante (por todas, resolución de 7 de octubre de 2013), pues se estima que el Reglamento del Registro Mercantil –art. 351.2– no ha pretendido ser especialmente exigente con el socio a la hora de exigirle que acredite documentalmente su condición, e incluso que no siempre resulta exigible dicha justificación documental –«en su caso», dice el precepto–. Por su parte y en lo referente a la negación de la legitimación se ha concluido –a pesar del tenor literal del art. 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil– que por sí sola no basta para justificar la oposición y que es necesario que la sociedad aporte, a su vez, prueba que demuestre que no reúne tal condición, pretendiendo con ello no introducir un desequilibrio en el principio de igualdad jurídica de las partes intervinientes que evidentemente la Ley no pretende.

En el caso presente los solicitantes han aportado un principio de prueba del que se desprende los derechos que ostentan sobre los bienes y derechos de su causante, entre los que se encuentran las participaciones sociales representativas de más del 5% de capital social de la compañía «Frenos y Embragues Palencia, S.L.». Los instantes han acompañado su solicitud del testamento otorgado por el socio fallecido, lo que les legitima para ejercitar el 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 al agotar entre todos ellos el conjunto de llamamientos que contiene el título sucesorio. La sociedad, por su parte, no ha aportado prueba alguna que desvirtúe dicha legitimación, puesto que, en contra de lo que entiende, no es necesario que los herederos tengan que esperar a la partición y adjudicación de la herencia para solicitar la auditoría, sino que, como ocurre en el caso que nos ocupa, basta con que acrediten su derecho a la herencia –como lo han hecho– para que, como miembros de la comunidad hereditaria titular de las participaciones, puedan solicitarla (Cf. art. 394 del Código Civil).

Tampoco puede prosperar la falta de conocimiento que la sociedad alega sobre la condición de socios de los solicitantes, puesto que hay constancia en el expediente del traslado de la instancia y de los documentos adjuntos a ella que realizó el Registro Mercantil para que la sociedad pudiera oponerse a la petición de auditoría, lo que acredita el conocimiento que, al menos desde ese momento, tuvo la sociedad y sus órganos sociales del llamamiento *mortis*

causa a los solicitantes en cuanto a las participaciones sociales de las que fue titular su causante, a efectos de la notificación previsto en el artículo 106.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

3. Respecto a la cuestión de la competencia del registrador procede igualmente la reiteración de los argumentos expuestos en la resolución citada. El expediente registral a través del que se da respuesta a la solicitud prevista en el apartado 2.º del artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital aparece desarrollado en Título III del Reglamento del Registro Mercantil destinado a regular «otras funciones del Registro», funciones distintas de las relativas a la inscripción de los empresarios y sus actos. Si ésta aparece presidida por la función calificadora como control de legalidad que en aras del interés público a que responde la publicidad registral es llevado a cabo por el registrador de forma unilateral y objetiva, ajena a la idea de contienda u oposición de intereses entre partes, en los expedientes sobre nombramiento de auditores a que se refiere el tan repetido artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital existe un foro de contraposición de intereses que ha de resolver el registrador como órgano de la Administración (Resolución de 15 de julio de 2005). De este modo, la decisión del Registrador Mercantil declarando la procedencia del nombramiento solicitado por la minoría no tiene el carácter de calificación registral, sino que es un acuerdo adoptado por quien en este procedimiento regulado en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil es la autoridad pública competente para resolver la solicitud (Resoluciones de 13 de enero de 2011 y 10 de julio de 2013). En definitiva, y como ha mantenido reiteradamente esta Dirección General, la actuación del registrador viene amparada por la atribución competencial que lleva a cabo el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital y que desarrolla el Reglamento del Registro Mercantil para resolver, en el ámbito del procedimiento especial por razón de la materia jurídico privada que el mismo regula, la pretensión del socio minoritario sin perjuicio de la revisión jurisdiccional del acto administrativo que del procedimiento resulte.

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

4. Tampoco puede apreciarse la afirmación de que la solicitud es incongruente. No lo es en primer lugar por el hecho de que se realizase también para los ejercicios anteriores al que ahora se hace. Es doctrina reiterada (por

todas, resoluciones de 31 de enero de 2014), que el derecho reconocido en el artículo 265.2 lo es para cada ejercicio de la sociedad por lo que el hecho de que se haya ejercitado con anterioridad no empiece en absoluto que se ejercite con posterioridad.

Tampoco es incongruente la solicitud por la causa económica citada. Los costes de la verificación contable integrados por el importe de los honorarios profesionales (art. 267 del mismo texto legal), corren a cargo de la sociedad. Como ha reiterado este Centro (Resolución de 27 de febrero de 2013 entre las más recientes), el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital no deja margen a la interpretación por lo que con independencia de cuales sean las condiciones económicas de la sociedad y el perjuicio económico alegado, se impone el derecho individual del socio a conocer el estado contable de la sociedad y a su verificación por auditor nombrado por el Registro Mercantil.

5. Por último y como queda dicho más arriba es preciso reiterar que aunque no se haya procedido a la realización de las operaciones de división y adjudicación del caudal ganancial y hereditario, el conjunto de los comparecientes agotan la titularidad que tenía el causante sobre las participaciones de la sociedad. El hecho de que no se hayan llevado a cabo las operaciones citadas y que, en consecuencia, no se hayan documentado debidamente no empiece el reconocimiento del derecho a ejercer los derechos sociales inherentes a las participaciones. Teniendo conocimiento la sociedad de esta circunstancia no puede alegar incumplimiento de sus estatutos por falta de la documentación debida pues consta acreditado de forma suficiente que quienes solicitan la verificación de las cuentas son los sucesores del socio fallecido, actúan de consuno y agotan el interés protegible a que se refiere el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Palencia, doña..... de fecha 4 de mayo de 2015.

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

Madrid, 25 de junio de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.–Sra. Registradora Mercantil de Palencia.

Resolución de 25 de junio de 2015 (5.ª)

En el expediente 83/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Abelcir, S.L.».

HECHOS

I

Doña, presentó un escrito de fecha 18 de marzo de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Abelcir, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad, por medio del administrador concursal, se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que el concurso de la sociedad fue declarado mediante auto de fecha 5 de septiembre de 2013 siendo posterior el ejercicio social 2014. 2.º Que de acuerdo a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 1 de junio de 2011 durante el primer ejercicio posterior a la declaración no procede la auditoría de cuentas. 3.º Que de acuerdo con el Auto de 10 de noviembre del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Pontevedra en situación de concurso no procede la aplicación del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. 4.º Que el juzgado que está conociendo el concurso de la sociedad ha resuelto en contra el recurso de reposición que interpuso la señora contra la desestimación de su solicitud de someter a auditoría de cuentas los ejercicios 2012 y 2013 por considerar el juez que en situación de concurso corresponde a la administración concursal la protección de socios y terceros.

III

La registradora mercantil de Barcelona núm. II, doña Mercedes Barco Vara dictó Resolución en fecha 13 de abril de 2015 por la que acordó admitir la oposición y desestimar el nombramiento del auditor solicitado en base a la especial situación producida de que el Juez que conoce del concurso de la sociedad desestimó en su día la solicitud de la instante de que se auditaran las cuentas de los ejercicios 2012 y 2013, confirmada por auto de 27 de enero de 2015 en reposición, habida cuenta de su competencia exclusiva sobre la universalidad del concurso.

IV

Doña, por escrito de fecha 11 de mayo de 2015, que tuvo entrada el día siguiente en el Registro Mercantil de Barcelona, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección

General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: 1.º Que la decisión del juzgado que conoce del concurso no causa estado pues cabe el procedimiento incidental a que se refieren los artículos 192 y siguientes de la Ley Concursal. 2.º Que una cosa es que el juzgado se niegue a llevar a efecto lo acordado en su día por el Registro Mercantil sobre nombramiento de auditor y otra que se le niegue el derecho reconocido en la Ley. 3.º La doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado es reiterada en el sentido de que procede el nombramiento aunque la sociedad esté en concurso. 4.º La doctrina es unánime en el mismo sentido. 5.º Que las funciones del auditor y del administrador concursal son distintas conforme al ordenamiento. 6.º Que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital no deja lugar a dudas por lo que procede el reconocimiento de su derecho.

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

El artículo 46 de la Ley Concursal prevé tanto para los casos de suspensión como de intervención de la administración la subsistencia de la obligación de formular cuentas y de verificarlas, en su caso. Del mismo modo para las sociedades no obligadas a verificar cuentas anuales (*vide* art. 263 de la Ley de Sociedades de Capital), subsiste la obligación de verificar cuando un socio que reúna los requisitos establecidos en el artículo 265.2 de la propia Ley lo haya ejercido debidamente.

Como resulta de la simple comparación entre la regulación relativa a los auditores y al informe de verificación de las cuentas anuales (Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas), y aquella relativa al informe a presentar al Juez del Concurso (Ley 22/2003, de 9 julio), la actividad del auditor y la del administrador concursal y el resultado de su trabajo son claramente distintos: a) La designación del auditor es un derecho individual del socio que es libre de ejercitar o no mientras que el administrador concursal es preceptivo en toda declaración de concurso (art. 21 de la Ley Concursal); b) Sólo el socio que reúna los requisitos del artículo 265.2 está legitimado para solicitar la verificación de cuentas mientras el administrador concursal es nombrado de oficio por el Juez del Concurso (art. 21 y 26 de la Ley Concursal); c) El autor

de informe de verificación tiene que ser un auditor debidamente registrado en el Registro especial del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (art. 7 de la Ley de Auditoría y art. 355 del Reglamento del Registro Mercantil), mientras que el autor del informe del concurso será el profesional designado por el Juez de entre los que consten inscritos en la sección cuarta del Registro Público Concursal (art. 27 de la Ley Concursal); d) El destinatario del informe de verificación en el supuesto del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital es el socio que lo haya solicitado mientras que en el caso del concurso es el Juez que lo dirige a quien se presenta el informe (art. 33.1.e.9.ª de la Ley Concursal); El ámbito de actuación del auditor designado en el supuesto del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital es mucho menor que el del administrador concursal (confróntese el artículo 268 de la Ley de Sociedades de Capital y el 3 de la Ley de Auditoría con el art. 75 de la Ley Concursal) y en consecuencia, el contenido del informe de verificación de cuentas es distinto del previsto legalmente para el informe del administrador concursal.

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

2. En el supuesto que da lugar a este expediente la registradora mercantil, plenamente conocedora de la anterior legislación y doctrina, resuelve entendiendo que las especiales circunstancias del supuesto de hecho imponen la solución que expresa en su resolución.

Sin embargo y como queda acreditado más arriba debe acogerse el argumento de la recurrente que entiende que no puede confundirse la obligación de auditar que surge de su solicitud (en consonancia con el artículo 46 de la Ley Concursal), con la consideración que a dicho nombramiento conceda el Juez del concurso.

Esta Administración no interfiere en consecuencia en las competencias propias del órgano jurisdiccional pues se limita a ejercer las que le reconoce el ordenamiento jurídico en el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital del que resulta inequívocamente la pertinencia del nombramiento de auditor aún estando la sociedad en situación de concurso de acreedores (art. 46 de la Ley Concursal).

En su virtud, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la resolución de la registradora mercantil de Barcelona núm. II, doña Mercedes Barco Vara de fecha 13 de abril de 2015.

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

a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 25 de junio de 2015.—Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.—Sra. Registradora Mercantil núm. II de Barcelona.

Resolución de 25 de junio de 2015 (6.ª)

En el expediente 84/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Residencia San Rogelio, S.L.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito de fecha 25 de marzo de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Granada, 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 «Residencia San Rogelio, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que no procede la designación de auditor por cuanto las 25 participaciones sociales de que era titular el solicitante han sido objeto de venta forzosa al ser subastadas ante el notario de Granada don Juan Antonio López Frias en cumplimiento de lo ordenado por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Granada habiendo rematado la administradora de la sociedad doña..... 2.º Que como adquirente de las participaciones del solicitante manifiesta expresamente su voluntad de que no se lleve a cabo la designación de auditor.

III

El registrador mercantil de Granada, don José Ángel García Valdecasas Butrón dictó Resolución en fecha 20 de abril de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado al no ser firme la adquisición conforme al artículo 109 de la Ley de Sociedades de Capital.

IV

Doña, como administradora única, por escrito de fecha 12 de mayo de 2015, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Granada, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, afirmando que a la fecha de formulación del recurso ya es firme la adquisición de las participaciones reiterando los argumentos del 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. Procede la estimación del recurso por cuanto la sociedad ha acreditado debidamente la falta de legitimación del solicitante en los términos previstos en el artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil y en la doctrina de este Centro Directivo. De la documentación aportada resulta con claridad que el solicitante no ostenta la condición de socio.

Como ha reiterado esta Dirección General el supuesto contemplado en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital decae cuando no existe interés protegible bien porque el socio ha dejado de serlo (*vide* resoluciones de 16 de septiembre de 2009 y 30 de abril de 2012), bien porque renuncia al derecho reconocido (Resolución de 31 de enero de 2014), bien porque su posición jurídica está debidamente protegida en un momento en el que su interés se agota en la liquidación económica de su participación en la sociedad (*vide* art. 363 del Registro Mercantil y resolución de 4 de febrero de 2013).

2. En el supuesto que da lugar a la presente las participaciones que eran titularidad del solicitante fueron objeto de pública subasta ante notario y rematadas a favor de la administradora de la sociedad y socio asimismo que expresamente declara su voluntad de que no prosiga el procedimiento. En consecuencia, sin necesidad de entrar en la inteligencia del artículo 109 de la Ley de Sociedades de Capital y su aplicabilidad al supuesto de hecho, procede la estimación del recurso por falta sobrevenida de interés protegible.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Granada, don José Ángel García Valdecasas Butrón de fecha 20 de abril de 2015.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente recla-

mación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 25 de junio de 2015.—Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.—Sr. Registrador Mercantil de Granada.

Resolución de 25 de junio de 2015 (7.ª)

En el expediente 85/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Ricardo Argüelles, S.L.».

HECHOS

I

Doña, presentó un escrito de fecha 19 de febrero de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Asturias, en el que tuvo su entrada el día siguiente, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Ricardo Argüelles, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

Acompaña a su escrito: 1.º Escritura de constitución de la sociedad de la que resulta que la solicitante suscribió mil participaciones sociales de las ciento cincuenta y cinco mil participaciones en que se divide el capital. También resulta que don suscribió setenta y seis mil quinientas participaciones sociales. 2.º Certificado de defunción del señor que falleció el 14 de noviembre de 1994, certificado de actos de última voluntad y testamento de fecha 17 de agosto de 1982 del que resulta que el causante atribuyó a su esposa el usufructo universal de la herencia y a sus dos hijos, doña..... y don los instituyó herederos a partes iguales.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que de la documentación que aporta la solicitante no resulta su legitimación pues no ha acreditado ser titular del porcentaje de participaciones exigidas por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. 2.º Que la herencia de don está aceptada y pendiente de adjudicación por lo que es de aplicación el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital.

III

La registradora mercantil de Asturias, doña Laura García-Pumarino Ramos dictó Resolución en fecha 11 de abril de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don, como administrador solidario, por escrito de fecha 13 de mayo de 2015, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Asturias, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. Es forzoso admitir el escrito de recurso por cuanto resultando del expediente que la socia instante no es titular por sí de un porcentaje de capital igual o superior al 5%, carece de la legitimación exigible de conformidad con la previsión del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

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

De conformidad con dicha doctrina este Centro ha afirmado que ante un supuesto de comunidad hereditaria en la que existen participaciones del causante se ha de exigir para ejercitar los derechos que la ley confiere al socio, o bien que concurren 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 solo de los partícipes de la comunidad no puede actuar sin que resulte su designación por el conjunto de coherederos pues como mero titular de un porcentaje sobre un grupo de bienes entre los que existen participaciones sociales carece de legitimación para ejercitar el derecho a solicitar la verificación contable que corresponde al conjunto de ellos (Resoluciones de 4 de junio y 3 de noviembre de 2014).

2. En el supuesto de hecho consta acreditado que la socia instante es titular exclusivamente de mil del conjunto de ciento cincuenta y cinco mil participaciones en que se divide el capital social. Dicha cantidad supone un porcentaje por debajo del mínimo previsto en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

Resulta igualmente que don, suscribió setenta y seis mil quinientas participaciones sociales de dicho total, que dicho socio falleció y que dejó testamento en el que instituía herederos por partes iguales a sus dos hijos con el usufructo universal en beneficio de su esposa (con determinada condición irrelevante en este momento). No resulta del expediente que se hayan llevado a cabo operaciones particionales que permitan afirmar que la solicitante ha devenido titular, por sí sola, de un conjunto de participaciones suficientes para reunir el porcentaje mínimo previsto legalmente.

No resultando tampoco que está legitimada para actuar en nombre del conjunto de comuneros de la herencia de conformidad con la previsión del artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital, no procede sino la estimación del recurso.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la resolución de la registradora mercantil de Asturias, doña Laura García-Pumarino Ramos de fecha 11 de abril de 2015.

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

Madrid, 25 de junio de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sra. Registradora Mercantil de Asturias.

Resolución de 25 de junio de 2015 (8.^a)

En el expediente 86/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Inturco San Diego, S.L.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito de fecha 19 de enero de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Mallorca, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Inturco San Diego, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la solicitud no expresa ninguna causa seria o al menos no ha sido expresada. No basta con la mera solicitud entendiéndose que es preciso expresar la causa.

III

El registrador mercantil de Mallorca, don Joaquín Cortés Sánchez dictó Resolución en fecha 16 de abril de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don, como consejero delegado, por escrito de fecha 12 de mayo de 2015, 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, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos, añadiendo que la previsión de nombramiento de auditor por el registrador mercantil es una herramienta de carácter subsidiario que el legislador prevé una vez agotadas las demás figuras previstas para proteger el derecho de información, sin que en el presente caso se haya acreditado haber agotado estas medidas.

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. De conformidad con la dilatada doctrina de esta Dirección General al respecto procede la desestimación del recurso pues ninguno de los argumen-

tos esgrimidos por el recurrente tiene virtualidad para desvirtuar e derecho que al socio minoritario reconoce el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

2. En primer lugar porque la inexpressión de causa de la solicitud no puede enervar el derecho del socio minoritario. Es constante doctrina de este Centro que, a diferencia de las solicitudes de nombramiento registral de auditor para las sociedades obligadas por ley a la verificación contable y fundadas en el artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital, en aquellas otras, exentas de esta obligación, la causa de la petición es siempre y típicamente la misma: la inexistencia de una auditoría previa. Dicha circunstancia determina la existencia de un interés protegible que se reconoce a los socios minoritarios y la consecuente atribución del derecho a solicitar que se lleve a cabo la verificación. Por ello, el artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil que articula el procedimiento para la tramitación de las solicitudes fundadas en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, no exige su expresión, de alcance puramente formal, pues, como ya se ha indicado, la inexpressión de la causa de la petición o su expresión inadecuada es intrascendente en este procedimiento de nombramiento registral de auditor a instancia de los socios minoritarios de entidades mercantiles (en este sentido pueden verse las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 12 y 23 de julio, 7 de octubre de 2010 y 11 y 31 de marzo, 4 y 11 de junio, 24 y 30 de julio y 4 y 5 de agosto de 2014 entre otras muchas).

3. En segundo lugar porque no es cierto que el derecho a solicitar nombramiento de auditor esté subordinado a un previo ejercicio del derecho de información. Esta Dirección General ha afirmado en numerosísimas ocasiones que tal subordinación no está contemplada ni en la Ley ni en el Reglamento del Registro Mercantil por lo que no puede traerse en detrimento del derecho individual del socio contemplado en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital (*vide* resoluciones de este Centro de 7 de mayo de 2012 y 5 de febrero y 28 de mayo de 2013 y 17 de junio de 2014). Los derechos de información y auditoría, aunque complementarios y relacionados entre sí, resultan distintos por su finalidad y requisitos e independientes en cuanto a las condiciones para su ejercicio. Los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, con independencia de si han ejercitado previamente su derecho a solicitar información financiera o contable o de si, efectivamente han tenido acceso a dicha información por cualquier circunstancia como la de ejercer en su día el cargo de administrador (*vide* arts. 196 y 197 en relación con los arts. 253 y 272 de la Ley de Sociedades de Capital). Téngase en cuenta que el objeto de este expediente no es determinar si el socio minoritario puede acceder o no a la información contable sino si tiene derecho a que se designe un auditor a fin de obtener una opinión técnica, independiente e imparcial sobre si las cuentas «expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco

normativo de información financiera que resulte de aplicación» (art. 1 del Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas).

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Mallorca, don Joaquín Cortés Sánchez de fecha 16 de abril de 2015.

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

Madrid, 25 de junio de 2015.—Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.—Sr. Registrador Mercantil de Palma de Mallorca.

Resolución de 25 de junio de 2015 (9.^a)

En el expediente 88/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de una interesada en «Ruiz de Mier Lanzac, S.L.».

HECHOS

I

Doña, presentó un escrito de fecha 25 de marzo de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Málaga, en el que tuvo su entrada el día 27 inmediato posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Ruiz de Mier Lanzac, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

En la instancia la solicitante hace constar lo siguiente: que en fecha 22 de abril de 1989 contrajo matrimonio con don; que en fecha 22 de enero de 2015 se notifica por el Juzgado de Primera Instancia de Málaga núm. 6 sentencia de divorcio 46/15 de la que resulta la disolución del régimen de gananciales; que si bien la sociedad fue constituida con anterioridad a la celebración del matrimonio, el esposo acudió a la ampliación del 16,6% del capital social que tiene carácter ganancial.

Acompaña copia de la sentencia de 22 de enero de 2015 del Juzgado de Primera Instancia de Málaga núm. 6 de la que resulta la disolución por divorcio del matrimonio entre la solicitante y don Juan Luis Ruiz de Mier Lanzac.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la solicitante resulta ser doña..... cuando el NIF corresponde a María Isabel Sánchez González. 2.º Que doña..... no ha sido nunca socio de la sociedad. 3.º Que aún aceptando la existencia de la sentencia de divorcio la misma no es firme por cuanto el esposo ha solicitado aclaración de su contenido y no se ha obtenido respuesta hasta el momento. 4.º Que en cualquier caso las participaciones son privativas por haberse constituido la sociedad antes de la celebración del matrimonio y sin perjuicio del reembolso derivado de la suscripción derivada del aumento de capital.

III

La registradora mercantil de Málaga núm. I, doña María Dolores Fernández-Pacheco Fernández dictó Resolución en fecha 30 de abril de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado una vez acreditado el correcto orden de los apellidos de la solicitante.

IV

Don, como administrador de la sociedad, por escrito de fecha 15 de mayo de 2015, que tuvo entrada el día 18 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 la resolución afirma que la sociedad no ha acreditado que la instante no es socia lo que supone invertir la carga de la prueba. Que además la solicitante no ha aportado ningún principio de prueba. Que la sociedad aporta acta notarial de titularidad real de fecha 13 de mayo de 2015 de la que no resulta la solicitante como socia. 2.º Que la sentencia de divorcio no es firme por lo que no existe divorcio ni disolución de la sociedad de gananciales por lo que la situación está sub iudice. 4.º Que la resolución atribuye carácter ganancial a las participaciones pero la constitución de la sociedad fue anterior al matrimonio y aunque se produjo una ampliación posterior rige el artículo 1452 del Código Civil con cita de la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 24 de marzo de 2003. 5.º Que en cualquier caso y aunque fueran de naturaleza ganancial no puede confundirse la gestión de la sociedad de gananciales con la gestión de la sociedad mercantil. Que es preciso distinguir la cualidad de socio que no ostenta en ningún caso el cónyuge con el derecho patrimonial que deriva de la participación. 6.º Que la resolución produce un estado de indefensión pues cualquier persona puede ir al Registro Mercantil y solicitar el nombramiento de auditor y sin más se le concede en base a simples alegaciones y sin necesidad de acreditar nada.

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. Resultan de los hechos las circunstancias siguientes:

- a) Doña y don Lanzac contrajeron matrimonio en 1989 rigiéndose por el régimen de sociedad de gananciales.
- b) La sentencia de 22 de enero de 2015 del Juzgado de Primera Instancia de Málaga núm. VI declara disuelto el matrimonio por divorcio. La sentencia no es firme.
- c) La sociedad «Ruiz de Mier Lanzac, S.L.», se constituyó con anterioridad a la celebración del matrimonio. Don fue parte en la constitución de la sociedad. Una vez celebrado el matrimonio y vigente la sociedad de gananciales se produjo un aumento de capital que, en la parte correspondiente, fue suscrito por el esposo.

2. A juicio de la solicitante, del conjunto de hechos resulta su legitimación para solicitar la designación de auditor conforme al artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. La sociedad se opone alegando básicamente que el cónyuge del socio no tiene legitimación aunque esté vigente la sociedad de gananciales.

Con carácter previo a la resolución de la cuestión de fondo es preciso desestimar la afirmación del escrito de recurso relativa a que la solicitante no ha acreditado su condición. La sociedad no niega el núcleo de su argumentación: que es la esposa del socio don Como ha reiterado esta Dirección, la circunstancia de que el solicitante no aparezca en el libro registro de socios o, como en este caso, en el acta autorizada para acreditar la titularidad real no puede enervar por sí sola el derecho del socio minoritario pues tal y como se ha puesto de manifiesto por la Dirección General de los Registros y del Notariado (Resoluciones de fechas 30 y 31 de mayo y 26 de junio de 2007 y 4 y 8 de noviembre de 2013 entre otras muchas), la condición de socio no solo puede ser acreditada mediante una certificación expedida por el órgano de administración social ni mediante la inscripción en el libro registro de acciones, ya que, de ser así, se dejaría al arbitrio de una de las partes de este procedimiento el ejercicio de un derecho que la ley le atribuye a la otra, el socio minoritario. Como se pone de manifiesto más abajo, tal es asimismo la posición de los Tribunales.

En realidad la cuestión no es esta pues la solicitante en ningún momento ha afirmado que sea socia de la sociedad sino que por estar casada en régimen de gananciales con quien si es socio (cuestión que la sociedad no discute), se encuentra legitimada para solicitar la designación de auditor, lo que nos lleva al análisis de la cuestión de fondo.

3. Esta Dirección General ha reiterado (*vide* resoluciones de 16 de mayo de 2012 y 4 de noviembre de 2013 por todas), que en el supuesto de participaciones sociales adquiridas por un cónyuge constante matrimonio existe una cotitularidad sobre todos los bienes que integran la comunidad ganancial que excluye la atribución de cuotas partes sobre los mismos, por tratarse de una comunidad germánica, en la que está vedada la disposición de los bienes por

uno solo de los cónyuges sin perjuicio de la previsión del artículo 1384 del Código Civil. Como quiera que el ejercicio del derecho a la verificación contable no entraña ninguna facultad de disposición, sino que se ubica dentro de los actos de gestión y buena administración por ser su finalidad la de conocer la verdadera situación financiera y patrimonial de la empresa, se ha de concluir que los cónyuges están legitimados indistintamente para obtener el nombramiento registral de auditor de cuentas.

4. La doctrina anterior no puede ser mantenida pues no es conforme con la propia de los órganos jurisdiccionales a la que esta Administración debe acomodarse. Dichos órganos han ido conformando una doctrina basada en la distinción entre los efectos que el carácter ganancial de las acciones o participaciones tiene entre los cónyuges con el carácter personal de la relación entre la sociedad y el socio titular de modo que aquellos no pueden interferir en el funcionamiento de esta. El carácter ganancial o no de acciones o participaciones es una cuestión ajena a la condición de socio que en nuestro ordenamiento mercantil se vincula exclusivamente a su titularidad, como a la misma se vincula el ejercicio de los derechos inherentes a tal condición. Como afirma el artículo 91 de la Ley de Sociedades de Capital: «Cada participación social y cada acción confieren a su titular legítimo la condición de socio y le atribuyen los derechos reconocidos en esta Ley y en los estatutos». En el mismo sentido, entre otros, los artículos 93, 99.1, 102, 104, 122, 126, 179, 183, 184, 188, 291, 292, 346, 353, 393 de la propia Ley de Sociedades de Capital.

Afirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 20 de julio de 1998 que: «... por ser cónyuge del socio, no se adquiere dicha condición, sino que tan solo se tiene posibilidad de ello por medio de un acto de transmisión». Y continúa: «Tampoco se trata de copropiedad de participaciones, pues en ese caso ambos cónyuges debían constar como copropietarios de las participaciones sociales y la designación formal a uno de ellos para el ejercicio de los derechos de socio (art. 35 LSRL), circunstancias que no se especifican en el presente caso donde solo aparece uno de los cónyuges como socio fundador y único propietario de las participaciones sociales suscritas. El hecho de que el titular de las participaciones sociales se halle casado bajo el régimen de sociedad de gananciales, no hace más que otorgar una serie de derechos al cónyuge no titular sobre el valor económico de tales participaciones: a percibir dividendos, a una cuota determinada del valor de realización de las participaciones al momento de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales».

Con mayor despliegue argumentativo afirma lo siguiente la Audiencia Provincial de Madrid en su sentencia de 18 de julio de 2000: «debe distinguirse, en las sociedades de capital, entre la titularidad de las participaciones y el derecho de asistencia a las Juntas. La seguridad jurídica en este tipo de sociedades, y la obligación legal de llevanza de un Libro Registro de Socios, implica que el ejercicio del derecho de asistencia a la Junta derive de la inscripción en el Libro Registro (art. 27 de la Ley de Sociedades de Responsabi-

lidad 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. Establecido lo anterior corresponde determinar la situación que se produce en relación a las acciones o participaciones de naturaleza ganancial cuando se produce, por cualquier motivo, la disolución de la sociedad de gananciales.

Al respecto, tiene declarado esta Dirección General y, como ha mantenido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que tras la disolución del matrimonio se abre un periodo transitorio en el que subsiste una comunidad postganancial, en tanto no se proceda a su liquidación, en la que hay una cotitularidad sobre todos los bienes que la integran que excluye la atribución de cuotas partes sobre los mismos, por tratarse de una comunidad germánica, en la que está vedada la disposición de los bienes por cualquiera de los cónyuges pero, en ningún caso lo está la administración y gestión de los mismos (sentencias del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1998 y 10 de julio de 2005).

En base a la misma doctrina se ha considerado reiteradamente por esta Dirección que acreditado el carácter ganancial de las participaciones y la concurrencia de causa de disolución, el cónyuge no titular estaba legitimado para el ejercicio del derecho reconocido en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital afirmando que no debe confundirse el supuesto de comunidad postganancial con el previsto en el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital, relativo a la copropiedad de participaciones y acciones, dado que se trata de comunidades de bienes radicalmente distintas.

7. Procede sin embargo revisar esta doctrina pues no existe una causa fundada para aplicar a la comunidad postganancial un régimen distinto del previsto por el ordenamiento para cualquier género de comunidad. Así lo

expresa el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital con toda claridad: «La misma regla se aplicará a los demás supuestos de cotitularidad de derechos sobre participaciones o acciones». Y 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 solo 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 concurren 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 solo de los partícipes de la comunidad postganancial no puede actuar sin que resulte su designación por el otro pues como mero titular de un porcentaje sobre un conjunto de acciones o participaciones sociales carece de legitimación para ejercitar el derecho a solicitar la verificación contable que corresponde a los dos (Resolución de 4 de junio de 2014).

Así lo entiende la sentencia 45/2006 de 7 febrero, de la Audiencia Provincial de Murcia cuando afirma: «como resultado, de todo lo expuesto, que en este nuevo régimen jurídico derivado de la disolución de la sociedad de gananciales, aquellos pactos iniciales referidos al reparto de la titularidad nominal de las acciones, carecen de validez, y por tanto han de declararse nulos los acuerdos sociales adoptados conforme a los mismos en la Junta General de Socios celebrada el día 7 de mayo de 2005 por infracción de lo dispuesto en el artículo 35 LSRL relativo a las reglas de copropiedad de participaciones sociales» (en sentido similar la sentencia 393/2010, de 11 de marzo de la Audiencia Provincial de A Coruña).

8. Distinto es el supuesto en el que entre los cónyuges exista una contienda judicial pues en este caso, a falta de acuerdo, lo procedente es suspender el procedimiento de designación de auditor hasta que recaiga resolución judicial firme de la que resulte la titularidad de las acciones o participaciones.

Como ha reiterado esta Dirección (Resoluciones de 22 de septiembre de 2012, 13 de mayo y 20 de diciembre de 2013 y 31 de enero, 5 de agosto, 1 de octubre y 10 de diciembre de 2014, entre las más recientes), procede la

suspensión del procedimiento cuando se está discutiendo en vía judicial la legitimación del conjunto de acciones o participaciones en que se funde, como ocurre en los procedimientos judiciales de separación o divorcio en los que se discute su carácter ganancial o su liquidación o ambas cuestiones.

Constituye una excepción el supuesto en el que existe un pronunciamiento del juez que conoce del procedimiento sobre la persona que debe ejercitar los derechos inherentes a la condición de socio (*vide* resoluciones de 31 de marzo y 23 de abril de 2014), pues con independencia de a quien se atribuyan finalmente la totalidad o parte de las acciones o participaciones en liquidación se ha adoptado una medida aplicable a la situación interina que debe ser respetada tanto por la sociedad como por el registrador mercantil (*vide* sentencia 541/2010 de 9 diciembre, de la audiencia Provincial de La Coruña en un supuesto de comunidad hereditaria).

9. En el supuesto que da lugar a la presente resulta vigente la sociedad de gananciales sin que resulte que la solicitante ostenta representación alguna de su todavía cónyuge y socio de la sociedad. Resulta sin embargo que existe un procedimiento judicial en curso en el que ha recaído sentencia de divorcio entre los cónyuges sin que en el expediente conste su firmeza. Las circunstancias anteriores ponen de manifiesto que existe una situación de indeterminación sobre el régimen jurídico aplicable a la cuestión planteada como consecuencia del procedimiento judicial entablado de cuya resolución dependerá el conjunto de normas de aplicación. Como se ha puesto de relieve más arriba estando la situación pendiente de una resolución judicial firme que determine cuál es el régimen jurídico aplicable, lo procedente es suspender el despacho del expediente hasta que la misma se ponga de manifiesto al registrador así como en su caso, las disposiciones que respecto a las participaciones pudiera haber adoptado el juez. No procede en consecuencia que esta Dirección lleve a cabo un pronunciamiento sobre la naturaleza jurídica de las participaciones ni sobre el régimen jurídico aplicable en tanto no exista un previo pronunciamiento de la autoridad jurisdiccional constitucionalmente competente.

En base a las anteriores consideraciones esta Dirección General resuelve:

1.º Se deja sin efecto la resolución de la registradora mercantil de Málaga núm. I, doña María Dolores Fernández-Pacheco Fernández de fecha 30 de abril de 2015.

2.º Se retrotrae el expediente a la fase de instrucción, en concreto al momento anterior a la resolución que se deja sin efecto, con el fin de que la registradora mercantil, en atención a la documentación que aporten las partes sobre el estado del procedimiento judicial en curso, resuelva lo que proceda de conformidad con la doctrina expuesta más arriba.

3.º Devolver el expediente a la registradora mercantil a fin de que se lleven a cabo las anteriores diligencias.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la resolución de la registradora mercantil de Málaga núm. I, doña María Dolores Fernández-Pacheco Fernández de fecha 30 de abril de 2015 en los términos que resultan de las consideraciones anteriores.

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

Madrid, 25 de junio de 2015.—Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.—Sra. Registradora Mercantil de Málaga.

Resolución de 25 de junio de 2015 (10.^a)

En el expediente 89/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de una interesada en «Bio Costa del Sol, S.L.».

HECHOS

I

Doña, presentó un escrito de fecha 25 de marzo de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Málaga, en el que tuvo su entrada el día 27 inmediato posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Bio Costa del Sol, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

En la instancia la solicitante hace constar lo siguiente: que en fecha 22 de abril de 1989 contrajo matrimonio con don, que en fecha 22 de enero de 2015 se notifica por el Juzgado de Primera Instancia de Málaga núm. 6 sentencia de divorcio 46/15 de la que resulta la disolución del régimen de gananciales; que la sociedad fue constituida en el año 1998 y el capital suscrito en su constitución y en una ampliación posterior asciende al 16,67% del total.

Acompaña copia de la sentencia de 22 de enero de 2015 del Juzgado de Primera Instancia de Málaga núm. 6 de la que resulta la disolución por divorcio del matrimonio entre la solicitante y don ...

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la solicitante resulta ser doña..... cuando el NIF corresponde a María Isabel Sánchez González. 2.º Que doña..... no ha sido nunca socio de la sociedad. 3.º Que aún aceptando la existencia de la sentencia de divorcio la misma no es firme por cuanto el esposo ha solicitado aclaración de su contenido y no se ha obtenido respuesta hasta el momento. 4.º Que en cualquier caso las participaciones son privativas por haberse constituido la sociedad antes de la celebración del matrimonio y sin perjuicio del reembolso derivado de la suscripción derivada del aumento de capital.

III

La registradora mercantil de Málaga núm. I, doña María Dolores Fernández-Pacheco Fernández dictó Resolución en fecha 30 de abril de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado una vez acreditado el correcto orden de los apellidos de la solicitante.

IV

Don, como administrador de la sociedad, por escrito de fecha 15 de mayo de 2015, que tuvo entrada el día 18 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 la resolución afirma que la sociedad no ha acreditado que la instante no es socia lo que supone invertir la carga de la prueba. Que además la solicitante no ha aportado ningún principio de prueba. Que la sociedad aporta acta notarial de titularidad real de fecha 13 de mayo de 2015 de la que no resulta la solicitante como socia. 2.º Que la sentencia de divorcio no es firme por lo que no existe divorcio ni disolución de la sociedad de gananciales por lo que la situación está sub iudice. 4.º Que la resolución atribuye carácter ganancial a las participaciones pero la constitución de la sociedad fue anterior al matrimonio y aunque se produjo una ampliación posterior rige el artículo 1452 del Código Civil con cita de la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 24 de marzo de 2003. 5.º Que en cualquier caso y aunque fueran de naturaleza ganancial no puede confundirse la gestión de la sociedad de gananciales con la gestión de la sociedad mercantil. Que es preciso distinguir la cualidad de socio que no ostenta en ningún caso el cónyuge con el derecho patrimonial que deriva de la participación.

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. Resultan de los hechos las circunstancias siguientes:

a) Doña y don, contrajeron matrimonio en 1989 rigiéndose por el régimen de sociedad de gananciales.

b) La sentencia de 22 de enero de 2015 del Juzgado de Primera Instancia de Málaga núm. 6 declara disuelto el matrimonio por divorcio. La sentencia no es firme.

c) La sociedad «Bio Costa del Sol, S.L.», se constituyó con posterioridad a la celebración del matrimonio. Don fue parte en la constitución de la sociedad. Una vez celebrado el matrimonio y vigente la sociedad de gananciales se produjo un aumento de capital que, en la parte correspondiente, fue suscrito por el esposo.

2. A juicio de la solicitante, del conjunto de hechos resulta su legitimación para solicitar la designación de auditor conforme al artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. La sociedad se opone alegando básicamente que el cónyuge del socio no tiene legitimación aunque esté vigente la sociedad de gananciales.

Con carácter previo a la resolución de la cuestión de fondo es preciso desestimar la afirmación del escrito de recurso relativa a que la solicitante no ha acreditado su condición. La sociedad no niega el núcleo de su argumentación: que es la esposa del socio don, Como ha reiterado esta Dirección, la circunstancia de que el solicitante no aparezca en el libro registro de socios o, como en este caso, en el acta autorizada para acreditar la titularidad real no puede enervar por si sola el derecho del socio minoritario pues tal y como se ha puesto de manifiesto por la Dirección General de los Registros y del Notariado (Resoluciones de fechas 30 y 31 de mayo y 26 de junio de 2007 y 4 y 8 de noviembre de 2013 entre otras muchas), la condición de socio no solo puede ser acreditada mediante una certificación expedida por el órgano de administración social ni mediante la inscripción en el libro registro de acciones, ya que, de ser así, se dejaría al arbitrio de una de las partes de este procedimiento el ejercicio de un derecho que la ley le atribuye a la otra, el socio minoritario. Como se pone de manifiesto más abajo, tal es asimismo la posición de los Tribunales.

En realidad la cuestión no es esta pues la solicitante en ningún momento ha afirmado que sea socia de la sociedad sino que por estar casada en régimen de gananciales con quien si es socio (cuestión que la sociedad no discute), se encuentra legitimada para solicitar la designación de auditor, lo que nos lleva al análisis de la cuestión de fondo.

3. Esta Dirección General ha reiterado (*vide* resoluciones de 16 de mayo de 2012 y 4 de noviembre de 2013 por todas), que en el supuesto de participaciones sociales adquiridas por un cónyuge constante matrimonio existe una cotitularidad sobre todos los bienes que integran la comunidad ganancial que excluye la atribución de cuotas partes sobre los mismos, por tratarse de una comunidad germánica, en la que está vedada la disposición de los bienes por uno solo de los cónyuges sin perjuicio de la previsión del artículo 1384 del Código Civil. Como quiera que el ejercicio del derecho a la verificación con-

table 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 no puede ser mantenida pues no es conforme con la propia de los órganos jurisdiccionales a la que esta Administración debe acomodarse. Dichos órganos han ido conformando una doctrina basada en la distinción entre los efectos que el carácter ganancial de las acciones o participaciones tiene entre los cónyuges con el carácter personal de la relación entre la sociedad y el socio titular de modo que aquellos no pueden interferir en el funcionamiento de esta. El carácter ganancial o no de acciones o participaciones es una cuestión ajena a la condición de socio que en nuestro ordenamiento mercantil se vincula exclusivamente a su titularidad, como a la misma se vincula el ejercicio de los derechos inherentes a tal condición. Como afirma el artículo 91 de la Ley de Sociedades de Capital: «Cada participación social y cada acción confieren a su titular legítimo la condición de socio y le atribuyen los derechos reconocidos en esta Ley y en los estatutos». En el mismo sentido, entre otros, los artículos 93, 99.1, 102, 104, 122, 126, 179, 183, 184, 188, 291, 292, 346, 353, 393 de la propia Ley de Sociedades de Capital.

Afirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 20 de julio de 1998 que: «... por ser cónyuge del socio, no se adquiere dicha condición, sino que tan solo se tiene posibilidad de ello por medio de un acto de transmisión». Y continúa: «Tampoco se trata de copropiedad de participaciones, pues en ese caso ambos cónyuges debían constar como copropietarios de las participaciones sociales y la designación formal a uno de ellos para el ejercicio de los derechos de socio (art. 35 LSRL), circunstancias que no se especifican en el presente caso donde solo aparece uno de los cónyuges como socio fundador y único propietario de las participaciones sociales suscritas. El hecho de que el titular de las participaciones sociales se halle casado bajo el régimen de sociedad de gananciales, no hace más que otorgar una serie de derechos al cónyuge no titular sobre el valor económico de tales participaciones: a percibir dividendos, a una cuota determinada del valor de realización de las participaciones al momento de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales».

Con mayor despliegue argumentativo afirma lo siguiente la Audiencia Provincial de Madrid en su sentencia de 18 de julio de 2000: «debe distinguirse, en las sociedades de capital, entre la titularidad de las participaciones y el derecho de asistencia a las Juntas. La seguridad jurídica en este tipo de sociedades, y la obligación legal de llevanza de un Libro Registro de Socios, implica que el ejercicio del derecho de asistencia a la Junta derive de la inscripción en el Libro Registro (art. 27 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada), o que se acredite frente a la sociedad, mediante documento público o escritura pública, que se es titular de los derechos políticos deriva-

dos 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. Establecido lo anterior corresponde determinar la situación que se produce en relación a las acciones o participaciones de naturaleza ganancial cuando se produce, por cualquier motivo, la disolución de la sociedad de gananciales.

Al respecto, tiene declarado esta Dirección General y, como ha mantenido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que tras la disolución del matrimonio se abre un periodo transitorio en el que subsiste una comunidad postganancial, en tanto no se proceda a su liquidación, en la que hay una cotitularidad sobre todos los bienes que la integran que excluye la atribución de cuotas partes sobre los mismos, por tratarse de una comunidad germánica, en la que está vedada la disposición de los bienes por cualquiera de los cónyuges pero, en ningún caso lo está la administración y gestión de los mismos (sentencias del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1998 y 10 de julio de 2005).

En base a la misma doctrina se ha considerado reiteradamente por esta Dirección que acreditado el carácter ganancial de las participaciones y la concurrencia de causa de disolución, el cónyuge no titular estaba legitimado para el ejercicio del derecho reconocido en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital afirmando que no debe confundirse el supuesto de comunidad postganancial con el previsto en el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital, relativo a la copropiedad de participaciones y acciones, dado que se trata de comunidades de bienes radicalmente distintas.

7. Procede sin embargo revisar esta doctrina pues no existe una causa fundada para aplicar a la comunidad postganancial un régimen distinto del previsto por el ordenamiento para cualquier género de comunidad. Así lo expresa el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital con toda claridad: «La misma regla se aplicará a los demás supuestos de cotitularidad de derechos sobre participaciones o acciones». Y así lo ha afirmado de forma reite-

rada 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 solo 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 concurren 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 solo de los partícipes de la comunidad postganancial no puede actuar sin que resulte su designación por el otro pues como mero titular de un porcentaje sobre un conjunto de acciones o participaciones sociales carece de legitimación para ejercitar el derecho a solicitar la verificación contable que corresponde a los dos (Resolución de 4 de junio de 2014).

Así lo entiende la sentencia 45/2006, de 7 febrero, de la Audiencia Provincial de Murcia cuando afirma: «como resultado, de todo lo expuesto, que en este nuevo régimen jurídico derivado de la disolución de la sociedad de gananciales, aquellos pactos iniciales referidos al reparto de la titularidad nominal de las acciones, carecen de validez, y por tanto han de declararse nulos los acuerdos sociales adoptados conforme a los mismos en la Junta General de Socios celebrada el día 7 de mayo de 2005 por infracción de lo dispuesto en el artículo 35 LSRL relativo a las reglas de copropiedad de participaciones sociales» (en sentido similar la sentencia 393/2010, de 11 de marzo, de la Audiencia Provincial de A Coruña).

8. Distinto es el supuesto en el que entre los cónyuges exista una contienda judicial pues en este caso, a falta de acuerdo, lo procedente es suspender el procedimiento de designación de auditor hasta que recaiga resolución judicial firme de la que resulte la titularidad de las acciones o participaciones.

Como ha reiterado esta Dirección (Resoluciones de 22 de septiembre de 2012, 13 de mayo y 20 de diciembre de 2013 y 31 de enero, 5 de agosto, 1 de octubre y 10 de diciembre de 2014, entre las más recientes), procede la suspensión del procedimiento cuando se está discutiendo en vía judicial la legitimación del conjunto de acciones o participaciones en que se funde, como

ocurre en los procedimientos judiciales de separación o divorcio en los que se discute su carácter ganancial o su liquidación o ambas cuestiones.

Constituye una excepción el supuesto en el que existe un pronunciamiento del juez que conoce del procedimiento sobre la persona que debe ejercitar los derechos inherentes a la condición de socio (*vide* resoluciones de 31 de marzo y 23 de abril de 2014), pues con independencia de a quien se atribuyan finalmente la totalidad o parte de las acciones o participaciones en liquidación se ha adoptado una medida aplicable a la situación interina que debe ser respetada tanto por la sociedad como por el registrador mercantil (*vide* sentencia 541/2010 de 9 diciembre, de la audiencia Provincial de La Coruña en un supuesto de comunidad hereditaria).

9. En el supuesto que da lugar a la presente resulta vigente la sociedad de gananciales sin que resulte que la solicitante ostenta representación alguna de su todavía cónyuge y socio de la sociedad. Resulta sin embargo que existe un procedimiento judicial en curso en el que ha recaído sentencia de divorcio entre los cónyuges sin que en el expediente conste su firmeza. Las circunstancias anteriores ponen de manifiesto que existe una situación de indeterminación sobre el régimen jurídico aplicable a la cuestión planteada como consecuencia del procedimiento judicial entablado de cuya resolución dependerá el régimen aplicable. Como se ha puesto de relieve más arriba estando la situación pendiente de una resolución judicial firme que determine cuál es el régimen jurídico aplicable, lo procedente es suspender el despacho del expediente hasta que la misma se ponga de manifiesto al registrador así como en su caso, las disposiciones que respecto a las participaciones pudiera haber adoptado el juez. No procede en consecuencia que esta Dirección lleve a cabo un pronunciamiento sobre el régimen jurídico aplicable en tanto no exista un previo pronunciamiento de la autoridad jurisdiccional constitucionalmente competente.

En base a las anteriores consideraciones esta Dirección General resuelve:

1.º Se deja sin efecto la resolución de la registradora mercantil de Málaga núm. I, doña María Dolores Fernández-Pacheco Fernández de fecha 30 de abril de 2015.

2.º Se retrotrae el expediente a la fase de instrucción, en concreto al momento anterior a la resolución que se deja sin efecto, con el fin de que la registradora mercantil, en atención a la documentación que aporten las partes sobre el estado del procedimiento judicial en curso, resuelva lo que proceda de conformidad con la doctrina expuesta más arriba.

3.º Devolver el expediente a la registradora mercantil a fin de que se lleven a cabo las anteriores diligencias.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la resolución de la registradora mercantil de Málaga núm. I, doña María Dolores Fernández-Pacheco Fernández de fecha 30 de abril de 2015 en los términos que resultan de las consideraciones anteriores.

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

Madrid, 25 de junio de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.–Sra. Registradora Mercantil de Málaga.

Resolución de 25 de junio de 2015 (11.ª)

En el expediente 91/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de una interesada en «El Alcornocal Vacaciones Ecológicas, S.L.».

HECHOS

I

Doña, presentó un escrito de fecha 25 de marzo de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Málaga, en el que tuvo su entrada el día 27 inmediato posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «El Alcornocal Vacaciones Ecológicas, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

En la instancia la solicitante hace constar lo siguiente: que en fecha 22 de abril de 1989 contrajo matrimonio con don; que en fecha 22 de enero de 2015 se notifica por el Juzgado de Primera Instancia de Málaga núm. 6 sentencia de divorcio 46/15 de la que resulta la disolución del régimen de gananciales; que la sociedad fue constituida en el año 1998 y el capital suscrito en su constitución y en una ampliación posterior asciende al 16,67% del total.

Acompaña copia de la sentencia de 22 de enero de 2015 del Juzgado de Primera Instancia de Málaga núm. 6 de la que resulta la disolución por divorcio del matrimonio entre la solicitante y don

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la solicitante resulta ser doña..... cuando el NIF corresponde a María Isabel Sánchez González. 2.º Que doña..... no ha sido nunca socio de la sociedad. 3.º Que aún aceptando la existencia de la sentencia de divorcio la misma no es firme por cuanto el esposo ha solicitado aclaración de su contenido y no se ha obtenido respuesta hasta el momento. 4.º Que la sociedad de gananciales

está vigente y su disolución y liquidación se producirá en el futuro momento en el que entrará en juego el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital si se le adjudica alguna participación. Que está sub iudice la disolución del régimen de gananciales.

III

La registradora mercantil de Málaga núm. I, doña María Dolores Fernández-Pacheco Fernández dictó Resolución en fecha 30 de abril de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado una vez acreditado el correcto orden de los apellidos de la solicitante.

IV

Don, como administrador de la sociedad, por escrito de fecha 15 de mayo de 2015, que tuvo entrada el día 18 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 la resolución afirma que la sociedad no ha acreditado que la instante no es socia lo que supone invertir la carga de la prueba. Que además la solicitante no ha aportado ningún principio de prueba. Que la sociedad aporta acta notarial de titularidad real de fecha 13 de mayo de 2015 de la que no resulta la solicitante como socia. 2.º Que la sentencia de divorcio no es firme por lo que no existe divorcio ni disolución de la sociedad de gananciales sin perjuicio de que lo sea en el futuro por lo que la situación está sub iudice. 3.º Que la resolución atribuye carácter ganancial a las participaciones pero no puede confundirse la gestión de la sociedad de gananciales con la gestión de la sociedad mercantil. Que es preciso distinguir la cualidad de socio que no ostenta en ningún caso el cónyuge con el derecho patrimonial que deriva de la participación. 4.º Que la resolución produce un estado de indefensión pues cualquier persona puede ir al Registro Mercantil y solicitar el nombramiento de auditor y sin más se le concede en base a simples alegaciones y sin necesidad de acreditar nada.

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. Resultan de los hechos las circunstancias siguientes:

- a) Doña y don contrajeron matrimonio en 1989 rigiéndose por el régimen de sociedad de gananciales.
- b) La sentencia de 22 de enero de 2015 del Juzgado de Primera Instancia de Málaga núm. 6 declara disuelto el matrimonio por divorcio. La sentencia no es firme.

c) La sociedad «El Alcornocal Vacaciones Ecológicas, S.L.», se constituyó con posterioridad a la celebración del matrimonio. Don fue parte en la constitución de la sociedad. Una vez celebrado el matrimonio y vigente la sociedad de gananciales se produjo un aumento de capital que, en la parte correspondiente, fue suscrito por el esposo.

2. A juicio de la solicitante, del conjunto de hechos resulta su legitimación para solicitar la designación de auditor conforme al artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. La sociedad se opone alegando básicamente que el cónyuge del socio no tiene legitimación aunque esté vigente la sociedad de gananciales.

Con carácter previo a la resolución de la cuestión de fondo es preciso desestimar la afirmación del escrito de recurso relativa a que la solicitante no ha acreditado su condición. La sociedad no niega el núcleo de su argumentación: que es la esposa del socio don Como ha reiterado esta Dirección, la circunstancia de que el solicitante no aparezca en el libro registro de socios o, como en este caso, en el acta autorizada para acreditar la titularidad real no puede enervar por sí sola el derecho del socio minoritario pues tal y como se ha puesto de manifiesto por la Dirección General de los Registros y del Notariado (Resoluciones de fechas 30 y 31 de mayo y 26 de junio de 2007 y 4 y 8 de noviembre de 2013 entre otras muchas), la condición de socio no solo puede ser acreditada mediante una certificación expedida por el órgano de administración social ni mediante la inscripción en el libro registro de acciones, ya que, de ser así, se dejaría al arbitrio de una de las partes de este procedimiento el ejercicio de un derecho que la ley le atribuye a la otra, el socio minoritario. Como se pone de manifiesto más abajo, tal es asimismo la posición de los Tribunales.

En realidad la cuestión no es esta pues la solicitante en ningún momento ha afirmado que sea socia de la sociedad sino que por estar casada en régimen de gananciales con quien si es socio (cuestión que la sociedad no discute), se encuentra legitimada para solicitar la designación de auditor, lo que nos lleva al análisis de la cuestión de fondo.

3. Esta Dirección General ha reiterado (*vide* resoluciones de 16 de mayo de 2012 y 4 de noviembre de 2013 por todas), que en el supuesto de participaciones sociales adquiridas por un cónyuge constante matrimonio existe una cotitularidad sobre todos los bienes que integran la comunidad ganancial que excluye la atribución de cuotas partes sobre los mismos, por tratarse de una comunidad germánica, en la que está vedada la disposición de los bienes por uno solo de los cónyuges sin perjuicio de la previsión del artículo 1384 del Código Civil. Como quiera que el ejercicio del derecho a la verificación contable no entraña ninguna facultad de disposición, sino que se ubica dentro de los actos de gestión y buena administración por ser su finalidad la de conocer la verdadera situación financiera y patrimonial de la empresa, se ha de concluir que los cónyuges están legitimados indistintamente para obtener el nombramiento registral de auditor de cuentas.

4. La doctrina anterior no puede ser mantenida pues no es conforme con la propia de los órganos jurisdiccionales a la que esta Administración debe acomodarse. Dichos órganos han ido conformando una doctrina basada en la distinción entre los efectos que el carácter ganancial de las acciones o participaciones tiene entre los cónyuges con el carácter personal de la relación entre la sociedad y el socio titular de modo que aquellos no pueden interferir en el funcionamiento de esta. El carácter ganancial o no de acciones o participaciones es una cuestión ajena a la condición de socio que en nuestro ordenamiento mercantil se vincula exclusivamente a su titularidad, como a la misma se vincula el ejercicio de los derechos inherentes a tal condición. Como afirma el artículo 91 de la Ley de Sociedades de Capital: «Cada participación social y cada acción confieren a su titular legítimo la condición de socio y le atribuyen los derechos reconocidos en esta Ley y en los estatutos». En el mismo sentido, entre otros, los artículos 93, 99.1, 102, 104, 122, 126, 179, 183, 184, 188, 291, 292, 346, 353, 393 de la propia Ley de Sociedades de Capital.

Afirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 20 de julio de 1998 que: «... por ser cónyuge del socio, no se adquiere dicha condición, sino que tan solo se tiene posibilidad de ello por medio de un acto de transmisión». Y continúa: «Tampoco se trata de copropiedad de participaciones, pues en ese caso ambos cónyuges debían constar como copropietarios de las participaciones sociales y la designación formal a uno de ellos para el ejercicio de los derechos de socio (art. 35 LSRL), circunstancias que no se especifican en el presente caso donde solo aparece uno de los cónyuges como socio fundador y único propietario de las participaciones sociales suscritas. El hecho de que el titular de las participaciones sociales se halle casado bajo el régimen de sociedad de gananciales, no hace más que otorgar una serie de derechos al cónyuge no titular sobre el valor económico de tales participaciones: a percibir dividendos, a una cuota determinada del valor de realización de las participaciones al momento de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales».

Con mayor despliegue argumentativo afirma lo siguiente la Audiencia Provincial de Madrid en su sentencia de 18 de julio de 2000: «debe distinguirse, en las sociedades de capital, entre la titularidad de las participaciones y el derecho de asistencia a las Juntas. La seguridad jurídica en este tipo de sociedades, y la obligación legal de llevanza de un Libro Registro de Socios, implica que el ejercicio del derecho de asistencia a la Junta derive de la inscripción en el Libro Registro (art. 27 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada), o que se acredite frente a la sociedad, mediante documento público o escritura pública, que se es titular de los derechos políticos derivados de dichas participaciones (art. 26 de la Ley especial)». Y continúa: «El hecho de que el titular de las participaciones sociales, como ocurre en el caso de autos, se halle casado bajo el régimen de sociedad de gananciales, no hace más que otorgar una serie de derechos al cónyuge no titular sobre el valor económico de tales participaciones a percibir dividendos, a una cuota 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 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. Establecido lo anterior corresponde determinar la situación que se produce en relación a las acciones o participaciones de naturaleza ganancial cuando se produce, por cualquier motivo, la disolución de la sociedad de gananciales.

Al respecto, tiene declarado esta Dirección General y, como ha mantenido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que tras la disolución del matrimonio se abre un periodo transitorio en el que subsiste una comunidad postganancial, en tanto no se proceda a su liquidación, en la que hay una cotitularidad sobre todos los bienes que la integran que excluye la atribución de cuotas partes sobre los mismos, por tratarse de una comunidad germánica, en la que está vedada la disposición de los bienes por cualquiera de los cónyuges pero, en ningún caso lo está la administración y gestión de los mismos (sentencias del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1998 y 10 de julio de 2005).

En base a la misma doctrina se ha considerado reiteradamente por esta Dirección que acreditado el carácter ganancial de las participaciones y la concurrencia de causa de disolución, el cónyuge no titular estaba legitimado para el ejercicio del derecho reconocido en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital afirmando que no debe confundirse el supuesto de comunidad postganancial con el previsto en el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital, relativo a la copropiedad de participaciones y acciones, dado que se trata de comunidades de bienes radicalmente distintas.

7. Procede sin embargo revisar esta doctrina pues no existe una causa fundada para aplicar a la comunidad postganancial un régimen distinto del previsto por el ordenamiento para cualquier género de comunidad. Así lo expresa el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital con toda claridad: «La misma regla se aplicará a los demás supuestos de cotitularidad de derechos sobre participaciones o acciones». Y 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 solo 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 concurren 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 solo de los partícipes de la comunidad postganancial no puede actuar sin que resulte su designación por el otro pues como mero titular de un porcentaje sobre un conjunto de acciones o participaciones sociales carece de legitimación para ejercitar el derecho a solicitar la verificación contable que corresponde a los dos (Resolución de 4 de junio de 2014).

Así lo entiende la sentencia 45/2006 de 7 febrero, de la Audiencia Provincial de Murcia cuando afirma: «como resultado, de todo lo expuesto, que en este nuevo régimen jurídico derivado de la disolución de la sociedad de gananciales, aquellos pactos iniciales referidos al reparto de la titularidad nominal de las acciones, carecen de validez, y por tanto han de declararse nulos los acuerdos sociales adoptados conforme a los mismos en la Junta General de Socios celebrada el día 7 de mayo de 2005 por infracción de lo dispuesto en el artículo 35 LSRL relativo a las reglas de copropiedad de participaciones sociales» (en sentido similar la sentencia 393/2010, de 11 de marzo de la Audiencia Provincial de A Coruña).

8. Distinto es el supuesto en el que entre los cónyuges exista una contienda judicial pues en este caso, a falta de acuerdo, lo procedente es suspender el procedimiento de designación de auditor hasta que recaiga resolución judicial firme de la que resulte la titularidad de las acciones o participaciones.

Como ha reiterado esta Dirección (Resoluciones de 22 de septiembre de 2012, 13 de mayo y 20 de diciembre de 2013 y 31 de enero, 5 de agosto, 1 de octubre y 10 de diciembre de 2014, entre las más recientes), procede la suspensión del procedimiento cuando se está discutiendo en vía judicial la legitimación del conjunto de acciones o participaciones en que se funde, como ocurre en los procedimientos judiciales de separación o divorcio en los que se discute su carácter ganancial o su liquidación o ambas cuestiones.

Constituye una excepción el supuesto en el que existe un pronunciamiento del juez que conoce del procedimiento sobre la persona que debe ejercitar los derechos inherentes a la condición de socio (*vide* resoluciones de 31 de marzo y 23 de abril de 2014), pues con independencia de a quien se atribuyan final-

mente la totalidad o parte de las acciones o participaciones en liquidación se ha adoptado una medida aplicable a la situación interina que debe ser respetada tanto por la sociedad como por el registrador mercantil (*vide* sentencia 541/2010 de 9 diciembre, de la audiencia Provincial de La Coruña en un supuesto de comunidad hereditaria).

9. En el supuesto que da lugar a la presente resulta vigente la sociedad de gananciales sin que resulte que la solicitante ostenta representación alguna de su todavía cónyuge y socio de la sociedad. Resulta sin embargo que existe un procedimiento judicial en curso en el que ha recaído sentencia de divorcio entre los cónyuges sin que en el expediente conste su firmeza. Las circunstancias anteriores ponen de manifiesto que existe una situación de indeterminación sobre el régimen jurídico aplicable a la cuestión planteada como consecuencia del procedimiento judicial entablado de cuya resolución dependerá el régimen aplicable. Como se ha puesto de relieve más arriba estando la situación pendiente de una resolución judicial firme que determine cual es el régimen jurídico aplicable, lo procedente es suspender el despacho del expediente hasta que la misma se ponga de manifiesto al registrador así como en su caso, las disposiciones que respecto a las participaciones pudiera haber adoptado el juez. No procede en consecuencia que esta Dirección lleve a cabo un pronunciamiento sobre el régimen jurídico aplicable en tanto no exista un previo pronunciamiento de la autoridad jurisdiccional constitucionalmente competente.

En base a las anteriores consideraciones esta Dirección General resuelve:

1.º Se deja sin efecto la resolución de la registradora mercantil de Málaga núm. I, doña María Dolores Fernández-Pacheco Fernández de fecha 30 de abril de 2015.

2.º Se retrotrae el expediente a la fase de instrucción, en concreto al momento anterior a la resolución que se deja sin efecto, con el fin de que la registradora mercantil, en atención a la documentación que aporten las partes sobre el estado del procedimiento judicial en curso, resuelva lo que proceda de conformidad con la doctrina expuesta más arriba.

3.º Devolver el expediente a la registradora mercantil a fin de que se lleven a cabo las anteriores diligencias.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la resolución de la registradora mercantil de Málaga núm. I, doña María Dolores Fernández-Pacheco Fernández de fecha 30 de abril de 2015 en los términos que resultan de las consideraciones anteriores.

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

a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 25 de junio de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sra. Registradora Mercantil de Málaga.

Resolución de 6 de julio de 2015 (1.ª)

En el expediente 80/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Riosol Residencial, S.L.».

HECHOS

I

Doña, actuando en representación de la sociedad «Ribersi, S.A.», presentó un escrito de fecha 20 de marzo de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Valladolid, en el que tuvo su entrada el día 24 inmediato posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Riosol Residencial, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

Acompaña para justificar su representación documento del que resulta que fue nombrada apoderada de la sociedad mediante escritura autorizada en Zamora el día 16 de mayo de 1992 por el notario don José Antonio García de Cortázar Nebreda y de la que le resultan facultades para: «...comparecer por si o por medio de procuradores u otros apoderados... ante centros y organismos del Estado...y, en ellos, instar, seguir y terminar como actor, demandado o en cualquier otro concepto, toda clase de expedientes...administrativos... elevando peticiones y ejerciendo acciones, recursos y excepciones en cualesquiera procedimientos...»

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la sociedad designó auditor para los ejercicios 2013 a 2015 en la Junta General celebrada el día 27 de diciembre de 2013.

III

La registradora mercantil de Valladolid, doña María Esther Pérez Ruiz dictó. Resolución en fecha 7 de mayo de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don, como administrador solidario de la sociedad, por escrito de fecha 13 de mayo de 2015, que tuvo entrada el día siguiente en el Registro Mercantil de Valladolid, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, alegando: 1.º Falta de legitimación de la solicitante pues del poder que presenta no resultan facultades que la legitimen. 2.º Que la sociedad a quien representa carece de órgano de gobierno y no tiene presentadas cuentas desde el año 2010. 3.º Que como se hiciera en ocasiones anteriores la señora solicitante recibirá las cuentas tan pronto como esté acabada la auditoría independiente que se está llevando a cabo.

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. Ninguno de los motivos de impugnación contenidos en el escrito de recurso puede desvirtuar el contenido de la resolución de la registradora que debe ser confirmada por esta Dirección General.

En primer lugar procede rechazar el motivo que hace referencia a la insuficiencia del poder en virtud del que actúa la solicitante. Como resulta de los hechos más arriba reseñados dicho poder le habilita para comparecer ante organismos del Estado e instar expedientes administrativos.

Como ha afirmado esta Dirección en múltiples ocasiones (*vide* resoluciones de 26 de junio y 28 de julio de 2014, por todas), el expediente registral a través del que se da respuesta a la solicitud prevista en el apartado 2.º del artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital aparece desarrollado en título III del Reglamento del Registro Mercantil destinado a regular «otras funciones del Registro», funciones distintas de las relativas a la inscripción de los empresarios y sus actos. Si ésta aparece presidida por la función calificadora como control de legalidad que en aras del interés público a que responde la publicidad registral es llevado a cabo por el registrador de forma unilateral y objetiva, ajena a la idea de contienda u oposición de intereses entre partes, en los expedientes sobre nombramiento de auditores a que se refiere el tan repetido artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital existe un foro de contraposición de intereses que ha de resolver el registrador como órgano de la Administración (Resolución de 15 de julio de 2005). De este modo, la decisión del Registrador Mercantil declarando la procedencia del nombramiento solicitado por la minoría no tiene el carácter de calificación registral, sino que es un acuerdo adoptado por quien en este procedimiento regulado en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil es la autoridad

pública competente para resolver la solicitud (Resoluciones de 13 de enero de 2011 y 10 de julio de 2013).

De lo anterior resulta con absoluta claridad el acomodo de la actuación de la apoderada a la previsión del poder en cuya virtud actúa que le legitima para seguir este expediente en todos sus trámites.

2. La misma suerte desestimatoria merece el motivo que hace referencia a que la sociedad carece de órgano de representación sin que formule cuentas desde el año 2010.

Dejando de lado el hecho de que tales afirmaciones no se corresponden con el resto de las alegaciones de la sociedad y que se refieren al hecho de que existe auditor nombrado o de que se están verificando las cuentas, lo cierto es que resultan irrelevantes. De existir una situación de hecho de inactividad lo cierto que se trata de una circunstancia ajena al objeto de este expediente del que resulta que el socio instante reúne los requisitos legalmente establecidos para que proceda el nombramiento de auditor (circunstancia que no combate el escrito de recurso). Concurra o no causa de disolución de la sociedad (*vide* art. 363 de la Ley de Sociedades de Capital) y haya o no cumplido el órgano de administración su obligación de convocar a la Junta para que adopte lo que convenga (art. 365), dicha circunstancia no enerva el derecho del socio minoritario a solicitar la designación de auditor.

3. Por los mismos motivos debe rechazarse el último motivo de recurso pues la afirmación de que se está llevando a cabo una auditoría, como la afirmación previa que se hizo en vía de oposición de que existía un auditor nombrado voluntariamente por la sociedad, carecen por sí mismas de virtualidad para revocar la resolución impugnada. En primer lugar porque la sociedad no ha acreditado que se haya producido nombramiento alguno y en segundo lugar porque aunque este se hubiese producido habría sido preciso que la sociedad hubiese acreditado que había tomado las medidas precisas para garantizar que el interés protegible del socio minoritario iba a ser respetado.

Como ha reiterado esta Dirección General en multitud de ocasiones (Resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012 y 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, entre otras muchas), 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.

Ninguna de dichas circunstancias ha quedado acreditada en el expediente que da lugar a la presente por lo que no cabe sino desestimar el recurso interpuesto.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Valladolid, doña María Esther Pérez Ruiz de fecha 7 de mayo de 2015.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significando-

les que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 25 de junio de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.–Sra. Registradora Mercantil de Valladolid.

Resolución de 6 de julio de 2015 (2.ª)

En el expediente 87/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Lozano Teresa, S.A.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito de fecha 9 de marzo de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Lozano Teresa, S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando que la designación de auditor por la propia sociedad ya se había producido. Requerida la sociedad por el registrador mercantil para que aportase documentación de respaldo y recibido el requerimiento, según resulta del expediente el día 9 de abril de 2015, mediante escrito de fecha 16 de abril con entrada en el Registro Mercantil el día 20 del mismo mes, la sociedad manifiesta que el día 20 de diciembre de 2014 tuvo lugar Junta General en la que se adoptó el acuerdo de nombrar auditor de cuentas y se presentó el depósito de cuentas de la sociedad junto el certificado acreditativo del nombramiento. Se acompaña certificado emitido por doña..... quien, como administradora única, certifica que en la Junta General citada se adoptó, entre otros, el acuerdo de designar auditor para los ejercicios 2014, 2015 y 2016. La firma del certificado consta legitimada notarialmente en fecha 30 de diciembre de 2014. Se afirma igualmente que requeridos por el Registro Mercantil se emitió nueva certificación, igualmente con firma legitimada, si bien con posterioridad.

III

El registrador mercantil de Madrid núm. XIX, don, dictó Resolución en fecha 27 de abril de 2015 por la que acordó admitir la oposición y rechazar el nombramiento del auditor solicitado por cuanto en fecha 22 de abril de 2015 se procedió a la inscripción del certificado del que resulta el nombramiento de auditor.

IV

Don, por escrito de fecha 14 de mayo de 2015, que tuvo entrada el día 18 del mismo mes en el Registro Mercantil de Madrid, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: 1.º Existir defecto de forma por cuanto la administradora única se opuso a la designación de auditor sin adjuntar copia de la certificación de la que así resulte. 2.º No es hasta el día 20 de abril cuando la oponente no presenta los documentos necesarios para la inscripción habiendo sobrepasado con creces el plazo que finalizaba el día 31 de marzo. 3.º Que la sociedad ha dilatado el proceso de inscripción del nombramiento. 4.º Que insta al Registro Mercantil a verificar si a la fecha de la emisión de la certificación la administradora contaba con cargo vigente e inscrito. 5.º Que al tiempo de presentación de su instancia la auditoría del año 2014 no se había llevado a cabo, ni se había inscrito el nombramiento de auditor en el Registro Mercantil; que hasta el día 20 de abril no se solicita la inscripción sin que las cuentas conste que estén auditadas y cerca ya de los plazos de convocatoria de junta ordinaria.

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 a la que se ha referido en multitud de ocasiones y que hace referencia al conflicto que se produce cuando colisiona la solicitud del socio minoritario realizada al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital con el nombramiento que ha llevado a cabo la sociedad con carácter voluntario.

2. De forma reiteradísima (Resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012 y 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, entre otras muchas), este Centro Directivo ha mantenido que la finalidad del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital es la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la estructura empresarial, para lo cual dicho artículo reconoce y regula el derecho a la verificación de la contabilidad social por un profesional independiente nombrado por el Registrador Mercantil a instancia de los socios que reúnan un mínimo de participaciones sociales o acciones equivalentes al 5%

del capital social y siempre que presenten su solicitud en los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social.

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

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.

3. En el supuesto que da lugar a la presente se solicita por parte de la sociedad, con posterioridad a la presentación de la instancia, la inscripción del

nombramiento de auditor en virtud de un acuerdo adoptado con anterioridad. La inscripción se lleva a cabo y el auditor voluntario es inscrito en el Registro Mercantil.

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

Es cierto que la solicitud de inscripción de la auditoría ha sido posterior a la presentación de la instancia como resulta del expediente y del escrito de recurso pero si tenemos en cuenta: a) que el interés protegible ha sido debidamente salvaguardado por la realización de la inscripción de nombramiento anterior del auditor nombrado por la sociedad; b) que no existe indicio alguno que permita afirmar que la actuación de la sociedad ha tenido por finalidad defraudar el derecho del solicitante, circunstancia que en cualquier caso debe ser objeto de pretensión ante los Tribunales de Justicia; c) que resulta innecesario y económicamente injustificable el nombramiento de un auditor para llevar a cabo el mismo cometido que el realizado por un profesional cuyo ejercicio se rige por los principios de independencia, objetividad e imparcialidad; d) que cualquier desviación de la anterior conducta debe ser puesta en conocimiento de la administración competente por el interesado para que adopte las medidas previstas en el ordenamiento; e) que como ha puesto de relieve esta Dirección General (*vide* resoluciones de 11 de marzo y 30 de julio de 2014), la objetividad, imparcialidad e independencia del auditor de cuentas son principios vertebradores de la actividad auditora y quedan salvaguardados por la Ley de Auditoría de Cuentas así como por su Reglamento de Ejecución y las Normas Técnicas de Auditoría. El artículo 11 de la Ley de Auditoría encomienda a los propios auditores el deber de abstenerse en los supuestos en que puedan incurrir en causa de incompatibilidad atribuyendo al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas la competencia de velar por el adecuado cumplimiento del deber de independencia, así como de valorar en cada trabajo concreto la posible falta de independencia de un auditor de cuentas o sociedad de auditoría. Si los interesados creen vulnerados dichos principios siempre podrán ejercitar las acciones administrativas de responsabilidad disciplinaria ante el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas o bien las acciones civiles o, incluso, penales pertinentes ante la jurisdicción competente; f) que resulta en definitiva que, satisfecho el interés protegible, no procede el nombramiento solicitado. Si el interesado considera que la actuación u omisión del auditor nombrado por la sociedad no es conforme con el cumplimiento de

las obligaciones legalmente exigibles o que su independencia está comprometida debe dirigirse a la Autoridad competente alegando lo que a su derecho mejor convenga.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid núm. XIX, don Manuel Álvarez Gómez de fecha 27 de abril de 2015.

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

Madrid, 6 de julio de 2015.—Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.—Sr. Registrador Mercantil núm. XIX de Madrid.

Resolución de 6 de julio de 2015 (3.ª)

En el expediente 92/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de socios de «Triter, S.L.».

HECHOS

I

Don, doña y doña en su propio nombre y además en representación esta última de don, doña y doña; de doña Valdés, de don, de doña....., presentaron un escrito de fecha 9 de marzo de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 27 inmediato posterior, en el que solicitaron, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titulares entre todos ellos de más del 5% del capital social de «Triter, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º La solicitud no expresa causa alguna. 2.º La omisión obedece al intento de ocultar los intereses espurios de los solicitantes pues las cuentas aprobadas y depositadas muestran que la sociedad no tiene

actividad por lo que los documentos a auditar son muy escasos y además fueron entregados a los socios en la Junta. 3.º La solicitud implica un abuso de derecho y un ejercicio antisocial. 4.º La retribución del auditor no será abonada en ningún caso por no generar ingresos.

III

La registradora mercantil de Madrid núm. I, doña Isabel Adoración Antoniano González dictó Resolución en fecha 27 de abril de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don, como consejero delegado, por escrito que tuvo entrada el día 19 de mayo de 2015 en el Registro Mercantil de Madrid, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a que la resolución afirma que no puede entrar en el análisis de las intenciones de las partes pero es preciso discrepar en base a que los hechos realizados por las partes son auténticos actos contrarios a la buena fe. Que así lo demuestra que los solicitantes, sobrinos de quien fuera socia de la sociedad, pretendieron que se ejercitase el derecho de adquisición preferente a la muerte de aquella, derecho que no fue ejercitado por las altas pretensiones económicas por lo que consolidaron su titularidad emprendiéndola contra la sociedad como se acredita con su solicitud de intervención notarial en Junta y con la presente solicitud. Que el Tribunal Supremo ha reiterado los requisitos para apreciar el abuso de derecho con cita de jurisprudencia. Que el abuso de derecho priva de legitimación a quien en él incurre.

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. Es evidente que el recurso no puede prosperar pues pretende que se haga en sede de este expediente, cuyo objeto viene delimitado por el contenido del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, una serie de pronunciamientos que solo pueden ser llevados a cabo en sede judicial.

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

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

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

2. El recurrente no discute ni la condición de socios de los solicitantes ni su participación en el capital social; es decir, no discute que reúnen los requisitos establecidos legalmente para que se proceda al nombramiento de auditor. Se limita a plantear cuestiones de valoración de su conducta que, como queda expresado por extenso, esta Administración no puede llevar a cabo sin invadir competencias que constitucionalmente viesen asignadas a Jueces y Tribunales.

Procede en consecuencia la desestimación del recurso.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Madrid núm. I, doña Isabel Adoración Antoniano González de fecha 27 de abril de 2015.

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

Madrid, 6 de julio de 2015.—Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.—Sra. Registradora Mercantil núm. I de Madrid.

Resolución de 7 de julio de 2015 (1.ª)

En el expediente 93/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Majofer Joyas, en liquidación, S.L.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito de fecha 3 de marzo de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Córdoba, en el que tuvo su entrada el día 18 de marzo posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Majofer

Joyas, en liquidación, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la sociedad carece de liquidez para hacer frente a los gastos por carecer de actividad. 2.º Que la sociedad ya fue auditada el ejercicio 2013 a instancias del mismo socio que no aceptó su dictamen. 3.º Que durante el ejercicio 2014 la sociedad ha celebrado Juntas Generales a las que no ha acudido el socio a pesar de haberse convocado a su instancia y no se ha interesado por la marcha social.

III

El registrador mercantil de Córdoba, don Francisco Manuel Galán Ortega dictó resolución en fecha 16 de abril de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don, como liquidador de la sociedad, por escrito de fecha 15 de mayo de 2015, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Córdoba, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos, añadiendo que: 1.º Que el solicitante ha ejercitado un poder que le confirió la sociedad sin entregar documentación ni dato alguno con posterioridad a la revocación del poder. 2.º Que el solicitante conoce a la perfección la situación de la sociedad ya que hasta el nombramiento del liquidador el día 11 de octubre de 2013 era el único cargo de la empresa. 4.º Que el socio convoca Juntas ante notario a las que no se presenta para dar explicaciones de sus actos. 5.º Que el único interés del socio es causar un perjuicio a la sociedad como acredita con una narración de hechos y con documentación que acompaña al recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. No puede aceptarse ninguno de los motivos de recurso pues ninguno de ellos alcanza a desvirtuar el derecho que al socio minoritario le reconoce el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. Es importante destacar que el objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital prevé para que

se acuerde la pertinencia de nombramiento de auditor a instancia de la minoría. La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la Constitución Española en relación a los arts. 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y resoluciones de este Centro de 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010, entre otras).

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

2. Determinado lo anterior la sociedad no ha acreditado que el socio solicitante no reúne los requisitos que para atender su petición el ordenamiento le exige por lo que procede desestimar el recurso presentado de conformidad con la doctrina anteriormente expuesta. Los motivos de oposición no se refieren a dicha cuestión y no pueden ser estimados por este Centro Directivo:

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

3. Por otro lado el hecho de que el socio haya ejercido su derecho en otro ejercicio social y las consecuencias que de ello se hayan derivado no es cuestión que deba analizarse en este expediente que se refiere exclusivamente al ejercicio para el que se solicita.

Por el mismo motivo, reiterado, la utilización del poder a que alude el escrito y sus consecuencias jurídicas escapan por completo de la competencia de esta Administración como escapa el hecho de que el socio haya instado la convocatoria de Juntas a las que luego no comparece.

En suma, no es objeto de este expediente la valoración de la conducta del socio. Es doctrina muy consolidada de esta Dirección que siendo indiscutible que nuestro ordenamiento jurídico no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo por lo que el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización de buena fe (art. 7 del Código Civil), también lo es que la apreciación de tales circunstancias resulta imposible en un procedimiento como el presente cuyo limitado conocimiento material y competencial lo impide, sin perjuicio del derecho de los interesados a acudir a los Tribuna-

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

4. Por último tampoco la afirmación de que el solicitante está al tanto de la marcha social y de la documentación contable es admisible. La apelación a un presunto conocimiento previo de las cuentas sociales (*vide* resoluciones de este Centro de 7 de mayo de 2012 y 5 de febrero y 28 de mayo de 2013), no puede ser tenida en cuenta en este expediente. 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 o de apoderado como en el supuesto de hecho, tuvieron acceso a la contabilidad social (*vide* arts. 196 y 197 en relación con los artículos 253 y 272 de la Ley de Sociedades de Capital). Téngase en cuenta que el objeto de este expediente no es determinar si el socio minoritario puede acceder o no a la información contable sino si tiene derecho a que se designe un auditor a fin de obtener una opinión técnica, independiente e imparcial sobre si las cuentas «expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación» (art. 1 del Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas).

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Córdoba, don Francisco Manuel Galán Ortega de fecha 16 de abril de 2015.

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

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

Madrid, 7 de julio de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.–Sr. Registrador Mercantil de Córdoba.

Resolución de 7 de julio de 2015 (2.ª)

En el expediente 94/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de una interesada en «Suministros Trio, S.L.».

HECHOS

I

Doña, presentó un escrito de fecha 26 de marzo de 2015, dirigido al Registro Mercantil de A Coruña, en el que tuvo su entrada el día 31 inmediato posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y actuando en su condición de miembro de la comunidad de herederos de doña....., titular de más del 5% del capital social de «Suministros Trio, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad no se opuso a la pretensión del socio.

III

El registrador mercantil de A Coruña, don Hermes Rego Valcarce dictó resolución en fecha 20 de abril de 2015 por la que acordó proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Doña, como administradora única, por escrito de fecha 22 de abril de 2015, que tuvo entrada el día 30 inmediato posterior en el Registro Mercantil de A Coruña, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguien-

tes motivos: 1.º Que las participaciones de que era titular doña..... corresponden a sus tres hijas doña....., doña..... y doña..... con el usufructo del esposo don conforme al testamento autorizado por de fecha 6 de agosto de 1991 que acompaña. 2.º Que como resulta del acta, que acompaña, de la reunión de las tres herederas celebrada el día 28 de junio de 2013 se atribuyó al padre y usufructuario el ejercicio de la representación prevista en el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital. Que de lo anterior resulta la falta de legitimación de la solicitante.

V

Notificada la solicitante, presentó escrito de alegaciones en el que afirma que en sede de comunidad hereditaria cada partícipe está legitimado para la conservación material y jurídica de los bienes hereditarios, en este caso mediante su defensa judicial. Es pacífico que todo coheredero está legitimado para ejercer las acciones de defensa que hubieren correspondido al causante o las nacidas con posterioridad siempre que lo sea en beneficio de la masa y no en beneficio común. Que en el supuesto de hecho no se trata de un acto de disposición sino de la simple práctica de una auditoría que solo puede redundar en beneficio de la sociedad y de la comunidad hereditaria.

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. Procede la estimación del recurso interpuesto por la sociedad pues de la documentación aportada con el escrito de impugnación resulta la falta de legitimación para actuar en nombre de la comunidad de herederos de la solicitante.

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

De conformidad con dicha doctrina este Centro ha afirmado que ante un supuesto de comunidad hereditaria en la que existen participaciones del causante se ha de exigir para ejercitar los derechos que la ley confiere al socio, o

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

3. Aplicada la doctrina anteriormente expuesta al supuesto de hecho resulta con toda claridad que hecha la designación de la persona que ha de ejercer la representación de los derechos de socio inherentes a las participaciones de la causante, no puede una de las coherederas prescindir de tal designación sin contar con el consentimiento de los demás (*vide* art. 398 del Código Civil). La alegación de que con dicha acción en realidad se actúa en beneficio de la comunidad es frontalmente contraria a la previsión del artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital y a los propios acuerdos de la comunidad hereditaria acreditados en el expediente.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de A Coruña, don Hermes Rego Valcarce de fecha 20 de abril de 2015.

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

Madrid, 7 de julio de 2015.—Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.—Sr. Registrador Mercantil de A Coruña.

Resolución de 8 de julio de 2015 (1.ª)

En el expediente 29/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Excavaciones Dexcon, S.L.».

HECHOS

I

Doña, presentó un escrito de fecha 30 de enero de 2015, dirigido al Registro Mercantil de La Rioja, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Excavaciones Dexcon, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad no se opuso a la pretensión de la socia.

III

La registradora mercantil de La Rioja, doña María Celia Meneses Martínez-Bernal dictó resolución en fecha 4 de marzo de 2015 por la que acordó proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don, por escrito de fecha 18 de marzo de 2015, con sello de entrada en la Delegación del Gobierno de La Rioja de fecha 27 de marzo, de donde fue remitido a esta Dirección quien a su vez dio traslado al Registro Mercantil de La Rioja, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: 1.º Que la instante ha solicitado en el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Logroño el nombramiento de un contador partidador, habiendo este solicitado un perito tasador. 2.º Que la mercantil no atraviesa un buen momento económico por lo que no es posible pagar los honorarios de un auditor por lo que se está buscando un auditor que realice los trabajos de la forma menos onerosa posible por lo que se solicita que se posponga el nombramiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. La falta de concreción y de acreditación de los motivos que conforman el escrito de recurso hace imposible que esta Dirección General pueda esti-

marlo pues del conjunto de afirmaciones que el recurrente lleva a cabo no resulta que el derecho individual del socio a obtener el nombramiento de un auditor para que se lleve a cabo la verificación de las cuentas anuales haya quedado enervado.

2. Afirma el escrito de recurso que la solicitante ha entablado un procedimiento en el que se ha designado un contador partidor que a su vez ha solicitado designación de auditor. Nada de esto se acredita en el expediente: ni la existencia de un procedimiento judicial, ni su naturaleza, ni el objeto del procedimiento ni, en definitiva, si tiene relevancia alguna a los efectos de este expediente. Tampoco la afirmación de que existe solicitado el nombramiento de un auditor se acredita en modo alguno de forma que esta Dirección pueda evaluar su posible impacto en la resolución del presente.

En lo referente a la negación de la legitimación se ha concluido por esta Dirección General –a pesar del tenor literal del artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil– que por sí sola no basta para justificar la oposición y que es necesario que la sociedad aporte, a su vez, prueba que demuestre que no reúne tal condición, pretendiendo con ello no introducir un desequilibrio en el principio de igualdad jurídica de las partes intervinientes que evidentemente la Ley no pretende. En el caso que nos ocupa, se ha aportado por la solicitante un principio de prueba: la escritura de adquisición de sus participaciones sin que la sociedad, por su parte, haya aportado prueba alguna demostrativa de que no le corresponda el ejercicio del derecho que reclama a la designación de auditor.

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

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de La Rioja, doña María Celia Meneses Martínez-Bernal de fecha 4 de marzo de 2015.

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

a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 8 de julio de 2015.—Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállico.—Sra. Registradora Mercantil de la Rioja.

Resolución de 8 de julio de 2015 (2.ª)

En el expediente 95/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Inmoarevalillo, S.L.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito de fecha 12 de marzo de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el 27 inmediato posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Inmoarevalillo, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que carece de recursos económicos para sufragar la auditoría habiendo convenido con los socios que por dicho motivo no se haría la del ejercicio 2014 como venía siendo norma de la sociedad. 2.º Que la solicitud no tiene más finalidad que causar un perjuicio a la sociedad.

III

La registradora mercantil de Madrid núm. VI, doña María Victoria Arizmendi Gutiérrez dictó resolución en fecha 24 de abril de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Doña, por escrito de fecha 20 de mayo de 2015, que tuvo entrada el 22 siguiente en el Registro Mercantil de Madrid si bien tiene sello de imposición de Correos de fecha 20 de mayo de 2015, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos,

añadiendo que el solicitante dispone de toda la documentación precisa para tener un exacto conocimiento de la marcha de la sociedad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. Del contenido de expediente resulta con claridad que no puede estimarse ninguno de los motivos alegados por la sociedad que no ha conseguido en modo alguno enervar el derecho que al socio minoritario reconoce el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

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

3. En segundo lugar porque no constituye, ni puede constituir, el objeto de este expediente la valoración de la conducta del socio que ha llevado a cabo la solicitud. 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 y resoluciones de este Centro de 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010, entre otras).

4. Por último porque tampoco es aceptable enervar el derecho del socio minoritario apelando a un presunto conocimiento previo de las cuentas sociales (*vide* resoluciones de este Centro de 7 de mayo de 2012 y 5 de febrero y 28 de mayo de 2013). En ningún caso la apelación a dicha circuns-

tancia puede enervar la pretensión de nombramiento, dado que los derechos de información y auditoría, aunque complementarios y relacionados entre sí, resultan distintos por su finalidad y requisitos e independientes en cuanto a las condiciones para su ejercicio. Los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, independientemente de si ejercieron previamente su derecho a solicitar información financiera o contable o si, por cualquier otra circunstancia como la de ejercer en su día el cargo de administrador, tuvieron acceso a la contabilidad social (*vide* artículos 196 y 197 en relación con los artículos 253 y 272 de la Ley de Sociedades de Capital). Téngase en cuenta que el objeto de este expediente no es determinar si el socio minoritario puede acceder o no a la información contable sino si tiene derecho a que se designe un auditor a fin de obtener una opinión técnica, independiente e imparcial sobre si las cuentas «expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación» (art. 1 del Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas).

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Madrid núm. VI, doña María Victoria Arizmendi Gutiérrez de fecha 24 de abril de 2015.

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

Madrid, 8 de julio de 2015.—Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.—Sra. Registradora Mercantil núm. VI de Madrid.

Resolución de 8 de julio de 2015 (3.ª)

En el expediente 96/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Peluqueros Oliveras, S.L.».

HECHOS

I

Doña, presentó un escrito de fecha 17 de marzo de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, en el que tuvo su entrada el día 24 inmediato posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Peluqueros Oliveras, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la sociedad no está obligada a auditarse por no reunir los requisitos exigidos en el ordenamiento. 2.º Que aún así la solicitante carece del porcentaje exigible al ser su participación inferior al 5% de capital social como resulta de la escritura de aumento de capital que acompaña de 6 de septiembre de 2011 de la que resulta un aumento de capital suscrito íntegramente por don que deja reducida la participación de la solicitante al 1,44%.

III

El registrador mercantil de Barcelona núm. V, don Jesús Santos y Ruiz de Eguilaz dictó resolución en fecha 15 de abril de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don, como administrador único, por escrito de fecha 11 de mayo de 2015, que tuvo entrada el día inmediato siguiente en el Registro Mercantil de Barcelona, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos y añadiendo que la Ley no supedita la eficacia del acuerdo de ampliación a su inscripción por lo que no resulta su carácter constitutivo. Que esta es la postura de la Dirección General en diversas resoluciones así como del Tribunal Supremo. Que la eficacia del acuerdo en consecuencia se produce desde que está ejecutado mediante la suscripción, desembolso y adjudicación por lo que el hecho de la falta de inscripción no le priva de efectos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. El recurso no puede prosperar. La única cuestión que se discute en el ámbito del recurso es si el aumento no inscrito puede ser considerado, a los efectos de este expediente, para acreditar la falta de legitimación de la solicitante.

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 sostenida 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, procede 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).

2. Cuestión distinta es si la inscripción tiene o no carácter constitutivo. Ciertamente y como pusiera de relieve la resolución de 4 de febrero de 2013, no pueden confundirse los diferentes planos en los que actúa la eficacia del acuerdo no inscrito. De conformidad con lo establecido en el artículo 159 de la Ley de Sociedades de Capital el acuerdo social se produce por la concurrencia del régimen de votación previsto en la Ley, momento en el que: «2. Todos los socios, incluso los disidentes y los que no hayan participado en la reunión, quedan sometidos a los acuerdos de la junta general», añadiendo el artículo 202 que: «3. Los acuerdos sociales podrán ejecutarse a partir de la fecha de la aprobación del acta en la que consten».

En consecuencia desde ese momento el acuerdo social despliega efectos y los socios pueden actuar en consecuencia. Ahora bien, la conclusión anterior no puede confundirse con el carácter constitutivo de la inscripción (sobre lo que no procede un pronunciamiento expreso al ser irrelevante a los efectos de esta resolución), ni con la oponibilidad del acuerdo frente a terceros. Esta última circunstancia, que es la que propiamente constituye el objeto de la presente, está supeditada en nuestro ordenamiento a su debida publicación en los casos legalmente previstos (art. 21 del Código de Comercio). Lo que no puede pretender el recurrente es hacer valer frente a terceros un acuerdo social que ha permanecido en la clandestinidad durante un prolongado periodo de tiempo, máxime cuando como administrador estaba obligado a presentarlo a inscripción en el plazo de un mes desde su adopción, a fin de que desenvol-

viese 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).

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Barcelona núm. V, don Jesús Santos y Ruiz de Eguilaz de fecha 15 de abril de 2015.

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

Madrid, 8 de julio de 2015.—Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.—Sr. Registrador Mercantil núm. V de Barcelona.

Resolución de 8 de julio de 2015 (4.^a)

En el expediente 97/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Liañez Muñoz e Hijos, S.L.».

HECHOS

I

Doña, presentó un escrito de fecha 31 de marzo de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Huelva, 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 «Liañez Muñoz e Hijos, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la señora solicitante fue convocada en fecha 17 de marzo de 2015 a la Junta General a celebrar el día 10 de abril siguiente para deliberar y aprobar en su caso las cuentas anuales del ejercicio 2014. 2.º Que la solicitante retiró de la sede social la documentación que iba a ser debatida. 3.º Que la solicitante participó en la Junta en la que se aprobó con el 90% de los votos la propuesta de

aprobación de cuentas. 4.º Que en la Junta se aprobó con el mismo porcentaje la disolución de la sociedad.

III

La registradora mercantil de Huelva, doña Mercedes Jiménez-Alfaro Larrazábal, dictó resolución en fecha 21 de abril de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don, como liquidador de la sociedad, por escrito de fecha 14 de mayo de 2015 de 2015, que tuvo entrada el día siguiente en el Registro Mercantil de Huelva, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: 1.º Que la resolución impugnada interpreta equivocadamente el artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil al considerar que el derecho de solicitud se impone sobre los intereses generales de la sociedad hasta el punto de considerar que se debe suspender la celebración de una Junta por el mero hecho de realizar la solicitud paralizando la actividad social. Dicha interpretación en relación al artículo 354 del propio Reglamento del Registro Mercantil está en contradicción con los principios de nuestro Derecho de sociedades. Se ha acreditado que la solicitante al tiempo de realizar su solicitud ya conocía la convocatoria y que había retirado la documentación necesaria por lo que no se puede defender que con ello se produce la suspensión de la convocatoria. 2.º La resolución impugnada interpreta erróneamente el artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil por cuanto la auditoría a realizar debe entregarse y ponerse a disposición de los socios con ocasión de la celebración de la Junta. En consecuencia si al tiempo de la celebración de la Junta no se ha ni siquiera nombrado auditor resulta ya innecesario su nombramiento sin perjuicio del derecho del socio a impugnar los acuerdos que estime por conveniente. El auditor no es de parte sino de la sociedad por lo que habiéndose celebrado la Junta con aprobación de las cuentas no procede nombramiento alguno.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. El recurso no puede prosperar pues ninguno de los motivos aducidos puede imponerse frente al derecho individual del socio reconocido en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. En primer lugar porque el hecho de que la sociedad haya celebrado Junta Ordinaria y haya aprobado las cuentas no empece para el nombramiento de un auditor.

La sociedad alega que al tiempo de presentación de la solicitud estaba convocada Junta en cuyo orden del día constaba la previsión de aprobación de las

cuentas. Esta Dirección ha recordado en numerosas ocasiones (*vide* por todas, resoluciones de 17 y 26 de junio y 28 de julio de 2014), que la existencia de una convocatoria de Junta General, incluso si en la misma se ha incluido en el orden del día el nombramiento voluntario de auditor, no constituye un obstáculo para que pueda prosperar la solicitud del socio.

Es cierto que la previsión legal es que, dados los plazos de formulación de las cuentas (art. 253 de la Ley de Sociedades de Capital) y de elaboración del informe de verificación (art. 270), pueda al tiempo convocarse la Junta que ha de deliberar y en su caso aprobar las cuentas tener a disposición de los socios el informe ya realizado. Así lo dispone el artículo 272 de la Ley de Sociedades de Capital al establecer: « 2. A partir de la convocatoria de la junta general, cualquier socio podrá obtener de la sociedad, de forma inmediata y gratuita, los documentos que han de ser sometidos a la aprobación de la misma, así como en su caso, el informe de gestión y el informe del auditor de cuentas. En la convocatoria se hará mención de este derecho». Pero como resulta del propio precepto la existencia del informe de auditoría no condiciona la convocatoria de modo que la Junta General puede celebrarse aún cuando el informe de verificación no se haya realizado sin perjuicio de las consecuencias que de ello puedan derivarse, incluida la reformulación de las cuentas (art. 270 de la Ley). Téngase en cuenta que son muchas las circunstancias que pueden influir en la realización del informe de verificación y que pueden retrasar su terminación. En ningún caso dicha circunstancia condiciona la realización de la Junta que ha de aprobar las cuentas ni supone una alteración de los plazos legales.

En consecuencia, el ejercicio por el socio minoritario del derecho que le reconoce la Ley en el artículo 265.2 ni suspende la convocatoria de la Junta ni supone una alteración de la vida social en los términos en que lo plantea el escrito de recurso.

2. Por las mismas razones no puede sostenerse que realizada la convocatoria carece de sentido el nombramiento de auditor. Bien al contrario el derecho reconocido al socio a obtener, mediante la designación de un auditor por el registrador mercantil, un informe sobre la fiabilidad de las cuentas, es independiente de si la Junta ha sido convocada o no e incluso de si las mismas han sido o no aprobadas con anterioridad (sin perjuicio de que, como queda dicho, la previsión sea que el informe se ponga a disposición de los socios al tiempo de la convocatoria). Téngase en cuenta que el objeto de este expediente no es poner a disposición del socio un informe de verificación al tiempo de la convocatoria de Junta sino determinar si tiene derecho a que se designe un auditor a fin de obtener una opinión técnica, independiente e imparcial sobre si las cuentas «expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación» (art. 1 del Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas), y este interés protegible no depende ni de la

convocatoria de la Junta ni de la aprobación de las cuentas como resulta de la simple lectura del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Huelva, doña Mercedes Jiménez-Alfaro Larrazábal de fecha 21 de abril de 2015.

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

Madrid, 8 de julio de 2015.—Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállico.—Sr. Registrador Mercantil de Huelva.

Resolución de 8 de julio de 2015 (5.ª)

En el expediente 98/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de socios de «Emprendium Network, S.L.».

HECHOS

I

Doña, doña....., Doña, doña..... y doña....., esta última como administradora única de la sociedad «Jumal Inversiones, S.L.», presentaron un escrito de fecha 6 de febrero de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Jaén, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitaron, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titulares en conjunto de más del 5% del capital social de «Emprendium Network, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la solicitud carece de expresión de causa por lo que no puede valorarse su idoneidad. 2.º Que el día 14 de agosto de 2014 en Junta Universal se acordó la disolución de la sociedad sin que desde entonces se haya generado actividad alguna.

III

La registradora mercantil de Jaén, doña María Belén López Espada dictó Resolución en fecha 23 de febrero de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

El día 6 de marzo de 2015 doña....., Doña, doña..... y doña....., esta última como administradora única de la sociedad «Jumal Inversiones, S.L.», presentan escrito de fecha 3 de marzo en el que ponen en conocimiento del Registro Mercantil de Jaén su renuncia a la solicitud anteriormente formulada.

La registradora mercantil de Jaén oficia a doña..... mediante escrito de fecha 26 de marzo de 2015 a fin de que se pronuncie sobre su voluntad de proseguir la tramitación del expediente habida cuenta de su solicitud y del hecho de que por si sola cumple el requisito de capital a que se refiere el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital manifestando dicha señora su voluntad de proseguir el expediente mediante escrito de fecha 13 de abril de 2015. La registradora mercantil de Jaén decide continuar la tramitación del expediente mediante resolución de fecha 22 de abril de 2015.

V

Don, por escrito de fecha 15 de mayo de 2015, que tuvo entrada el 19 inmediato posterior en el Registro Mercantil de Jaén, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a: 1.º Que desde que se acordó la disolución de la sociedad se han llevado a cabo las acciones pertinentes para su liquidación dejando sin actividad a la empresa. 2.º Que la sociedad se encuentra sin liquidez por lo que no puede hacer frente a los gastos de auditoría.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. De acuerdo con la reiterada doctrina de esta Dirección General en la aplicación de las previsiones legales, el recurso no puede prosperar pues ninguno de los motivos alegados puede enervar el derecho de la socia instante a que se designe un auditor para la verificación de las cuentas anuales.

En primer lugar porque el hecho de que la sociedad se encuentre disuelta por así haberlo acordado su Junta General no desvirtúa el derecho del socio. 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).

En nada interfiere en la anterior conclusión la alegación de que la sociedad carece de actividad (circunstancia no acreditada en el expediente). De existir una situación de hecho de inactividad se trata de una circunstancia ajena al objeto de este expediente del que resulta que el socio instante reúne los requisitos legalmente establecidos para que proceda el nombramiento de auditor (circunstancia que no combate el escrito de recurso).

2. Tampoco empuja a la procedencia de la designación la afirmación que realiza el recurrente sobre la falta de liquidez de la sociedad. Los costes de la verificación contable, de acuerdo con el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital, integrados esencialmente por el importe de los honorarios profesionales (art. 267 del mismo texto legal), corren a cargo de la sociedad. Como ha reiterado este Centro (Resolución de 27 de febrero de 2013 y 31 de enero, 30 de julio, 4 y 5 de agosto de 2014 entre las más recientes), el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital no deja margen a la interpretación por lo que con independencia de cuales sean las condiciones económicas de la sociedad y el perjuicio económico alegado, se impone el derecho individual del socio a conocer el estado contable de la sociedad y a su verificación por auditor nombrado por el Registro Mercantil.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Jaén, doña María Belén López Espada de fecha 23 de febrero de 2015.

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

Madrid, 8 de julio de 2015.—Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.—Sra. Registradora Mercantil de Jaén.

Resolución de 8 de julio de 2015 (6.ª)

En el expediente 99/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Rótulos Novamarc, S.L.».

HECHOS

I

Doña, presentó un escrito de fecha 24 de marzo de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Alicante, en el que tuvo su entrada el día 31 inmediato posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Rótulos Novamarc, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

Acompaña a su solicitud copia de la escritura de fecha 28 de diciembre de 2005 ante el notario de Alicante don Pedro Ángel Navarro Arnal en la que don, casado en régimen de gananciales con doña, compra con carácter ganancial 1500 participaciones sociales de la sociedad.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que en el libro registro de socios solo aparece como tal don no constando como tal la solicitante. 2.º Que de la documentación aportada solo resulta el carácter ganancial de las participaciones el día de su adquisición sin que deban mantener tal carácter en la actualidad; que aunque no fuera así la administración de los bienes gananciales corresponde a los dos esposos conforme al artículo 1375 del Código Civil por lo que la solicitud solo podría hacerse de forma conjunta a salvo el supuesto del artículo 1384 que considera válidos y eficaces los actos sobre títulos realizados por el cónyuge a cuyo nombre estén. En consecuencia la solicitud de auditoría debería corresponder a ambos cónyuges si bien conforme al artículo 1384 también valdría la solicitud hecha por el socio.

III

El registrador mercantil de Alicante núm. II, don Antonio Arias Fuentes dictó Resolución en fecha 17 de abril de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don, por escrito de fecha 12 de mayo de 2015, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Alicante, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos.

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. De los hechos expuestos resulta que la solicitante se encuentra casada en régimen de gananciales con el socio que adquirió las participaciones de la sociedad constante matrimonio y para su sociedad de gananciales. La sociedad se opone alegando básicamente que el cónyuge del socio no tiene legitimación aunque esté vigente la sociedad de gananciales.

Con carácter previo a la resolución de la cuestión de fondo es preciso desestimar la afirmación del escrito de recurso relativa a que la solicitante no ha acreditado su condición. La sociedad no niega que la solicitante es la esposa del socio don Como ha reiterado esta Dirección, la circunstancia de que el solicitante no aparezca en el libro registro de socios no puede enervar por sí sola el derecho del socio minoritario pues tal y como se ha puesto de manifiesto por la Dirección General de los Registros y del Notariado (Resoluciones de fechas 30 y 31 de mayo y 26 de junio de 2007 y 4 y 8 de noviembre de 2013 entre otras muchas), la condición de socio no solo puede ser acreditada mediante una certificación expedida por el órgano de administración social ni mediante la inscripción en el libro registro de acciones, ya que, de ser así, se dejaría al arbitrio de una de las partes de este procedimiento el ejercicio de un derecho que la ley le atribuye a la otra, el socio minoritario. Como se pone de manifiesto más abajo, tal es asimismo la posición de los Tribunales.

2. Esta Dirección General ha reiterado (*vide* resoluciones de 16 de mayo de 2012 y 4 de noviembre de 2013 por todas), que en el supuesto de participaciones sociales adquiridas por un cónyuge constante matrimonio existe una cotitularidad sobre todos los bienes que integran la comunidad ganancial que excluye la atribución de cuotas partes sobre los mismos, por tratarse de una comunidad germánica, en la que está vedada la disposición de los bienes por uno solo de los cónyuges sin perjuicio de la previsión del artículo 1384 del Código Civil. Como quiera que el ejercicio del derecho a la verificación contable no entraña ninguna facultad de disposición, sino que se ubica dentro de los actos de gestión y buena administración por ser su finalidad la de conocer la verdadera situación financiera y patrimonial de la empresa, se ha de concluir que los cónyuges están legitimados indistintamente para obtener el nombramiento registral de auditor de cuentas.

3. La doctrina anterior no puede ser mantenida pues no es conforme con la propia de los órganos jurisdiccionales a la que esta Administración debe acomodarse. Dichos órganos han ido conformando una doctrina basada en la distinción entre los efectos que el carácter ganancial de las acciones o participaciones tiene entre los cónyuges con el carácter personal de la relación entre

la sociedad y el socio titular de modo que aquellos no pueden interferir en el funcionamiento de esta. El carácter ganancial o no de acciones o participaciones es una cuestión ajena a la condición de socio que en nuestro ordenamiento mercantil se vincula exclusivamente a su titularidad, como a la misma se vincula el ejercicio de los derechos inherentes a tal condición. Como afirma el artículo 91 de la Ley de Sociedades de Capital: «Cada participación social y cada acción confieren a su titular legítimo la condición de socio y le atribuyen los derechos reconocidos en esta Ley y en los estatutos». En el mismo sentido, entre otros, los artículos 93, 99.1, 102, 104, 122, 126, 179, 183, 184, 188, 291, 292, 346, 353, 393 de la propia Ley de Sociedades de Capital.

Afirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 20 de julio de 1998 que: «... por ser cónyuge del socio, no se adquiere dicha condición, sino que tan solo se tiene posibilidad de ello por medio de un acto de transmisión». Y continúa: «Tampoco se trata de copropiedad de participaciones, pues en ese caso ambos cónyuges debían constar como copropietarios de las participaciones sociales y la designación formal a uno de ellos para el ejercicio de los derechos de socio (art. 35 LSRL), circunstancias que no se especifican en el presente caso donde solo aparece uno de los cónyuges como socio fundador y único propietario de las participaciones sociales suscritas. El hecho de que el titular de las participaciones sociales se halle casado bajo el régimen de sociedad de gananciales, no hace más que otorgar una serie de derechos al cónyuge no titular sobre el valor económico de tales participaciones: a percibir dividendos, a una cuota determinada del valor de realización de las participaciones al momento de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales».

Con mayor despliegue argumentativo afirma lo siguiente la Audiencia Provincial de Madrid en su sentencia de 18 de julio de 2000: «debe distinguirse, en las sociedades de capital, entre la titularidad de las participaciones y el derecho de asistencia a las Juntas. La seguridad jurídica en este tipo de sociedades, y la obligación legal de llevanza de un Libro Registro de Socios, implica que el ejercicio del derecho de asistencia a la Junta derive de la inscripción en el Libro Registro (art. 27 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada), o que se acredite frente a la sociedad, mediante documento público o escritura pública, que se es titular de los derechos políticos derivados de dichas participaciones (art. 26 de la Ley especial)». Y continúa: «El hecho de que el titular de las participaciones sociales, como ocurre en el caso de autos, se halle casado bajo el régimen de sociedad de gananciales, no hace más que otorgar una serie de derechos al cónyuge no titular sobre el valor económico de tales participaciones a percibir dividendos, a una cuota determinada del valor de realización de las participaciones al momento de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, pero no le otorga derechos políticos frente a la sociedad salvo representación del titular (art. 49 de la Ley especial). Pero es que, aunque no fuera así y se considerara la existencia de una cotitularidad compartida sobre las participaciones, entraría en juego lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley

especial, para supuestos de cotitularidad o copropiedad de participaciones, esto es, los cónyuges copartícipes habrían de designar una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio, designación que debería notificarse a la sociedad previamente a la Junta e inscribirse en el Libro Registro de socios, en aras de la seguridad jurídica y en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 26 y 27 de la Ley especial ya citados».

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

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

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

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

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

d) En caso de cotitularidad de acciones o participaciones sociales, los cotitulares deben designar a una sola persona para el ejercicio de los derechos inherentes a la condición de socio conforme al artículo 126 de la Ley de

Sociedades de Capital (*vide* sentencia 727/2012 de 8 noviembre de la Audiencia Provincial de Murcia en cuanto a los límites del mandato). Cuando las participaciones o acciones pertenecen a ambos cónyuges con carácter ganancial se aplica la misma regla (*vide* sentencia 286/2013 de 11 diciembre de la Audiencia Provincial de Toledo).

5. Aplicadas las consideraciones anteriores al supuesto de hecho procede la estimación del recurso pues resultando del expediente que el socio adquirió las participaciones constante matrimonio y para su sociedad de gananciales, la cualidad de socio recae exclusivamente en su persona siendo a él en consecuencia a quien corresponde el ejercicio de los derechos inherentes a su condición. No resultando que la instante actúe en su representación solo cabe estimar este motivo de recurso sin perjuicio de lo que antes quedo dicho en relación al libro registro de socios.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Alicante núm. II, don Antonio Arias Fuentes de fecha 17 de abril de 2015.

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

Madrid, 8 de julio de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador Mercantil núm. II de Alicante.

Resolución de 8 de julio de 2015 (7.ª)

En el expediente 100/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Pulimar Styl, S.L.».

HECHOS

I

Don, actuando en representación de don, presentó un escrito de fecha 2 de marzo de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Alicante, en el que tuvo su entrada el día 18 inmediato posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.1 de la Ley de

Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y estando la sociedad «Pulimar Styl, S.L.», obligada a verificar sus cuentas, el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

Acompaña su solicitud con copia del poder de representación procesal autorizado en Novelda por su notario don Carlos Javier Llorca Martínez el día 3 de noviembre de 2014 con amplísimas facultades de representación procesal en todo acto en que el poderdante sea parte.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que el solicitante carece de legitimación por cuanto el poder de representación procesal no es un poder general en el sentido del artículo 183 de la Ley de Sociedades de Capital, ignorándose además la vigencia del poder, su suficiencia así como la veracidad del mandato o encargo. 2.º Que la solicitud es incongruente por basarse en el artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital y no estar la sociedad obligada a verificación de cuentas lo que ahonda en la falta de legitimación.

III

El registrador mercantil de Alicante núm. II, don Antonio Arias Fuentes dictó resolución en fecha 8 de abril de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado al considerar que a pesar del error en la fundamentación de la solicitud, resulta que el socio es titular de más del 5% del capital social y que su intención de conocer la gestión de los activos de la sociedad revela su voluntad de conocer la situación económica de la sociedad.

IV

Don, como administrador único, por escrito de fecha 11 de mayo de 2015, que tuvo entrada el día 13 inmediato posterior en el Registro Mercantil de Alicante, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. El hecho de que en la instancia se haya cometido el error, evidente por otro lado, de amparar la solicitud no en el art 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital sino en el párrafo primero del mismo artículo no puede

tener las consecuencias invalidantes que el escrito de recurso pretende. Como resulta con claridad de la resolución del registrador el socio instante reúne los requisitos de capital y plazo que la Ley le exige por lo que siendo patente que la sociedad no está obligada a verificación contable es claro que su solicitud solo puede entenderse en el sentido en que lo recoge su resolución.

2. Ahora bien es forzoso reconocer, como solicita el recurrente, que no existe legitimación en la persona que firma la solicitud de nombramiento de auditor. Como resulta de los hechos el ámbito del poder de representación en que justifica su actuación en nombre del socio está limitado expresamente a actuaciones en el ámbito procesal. En ningún caso se le faculta para el ejercicio de los derechos inherente a la condición de socio. De acuerdo a los principios generales de nuestro ordenamiento en materia de representación la actuación representativa solo es válida cuando se ejercita dentro de los límites del poder (arts. 1259, 1714 y 1725 del Código Civil). En consecuencia el instante carece de legitimación para ejercer el derecho que al socio reconoce el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital al carecer de poder de representación que le faculte para ello.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Alicante núm. II, don Antonio Arias Fuentes de fecha 8 de abril de 2015 en los términos que resultan de las consideraciones anteriores.

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

Madrid, 8 de julio de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador Mercantil núm. II de Alicante.

Resolución de 9 de julio de 2015

En el expediente 39/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Keiretsu Forum Business Angels, S.L.».

HECHOS

I

Don presentó un escrito de fecha 2 de febrero de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, en el que tuvo su entrada el 5 de febrero de 2015, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Keiretsu Forum Business Angels, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad, por medio de su administrador único don se opuso a la pretensión del socio alegando: Que la sociedad no se encuentra dentro de los supuestos tipificados en la Ley para el nombramiento de auditor. Que la realización de la auditoría supone unos costes asociados innecesarios y que afectarían al normal funcionamiento de la Sociedad. Que el administrador de esta sociedad siempre ha obrado con total transparencia hacia los socios de la misma, habiendo facilitado en todo momento cualquier tipo de documentación solicitada por los socios, así como la información relativa a las cuentas anuales de la sociedad para su correspondiente aprobación.

III

La Registradora Mercantil de Barcelona, doña Carmen Gómez Meana Crespo dictó Resolución en fecha 24 de febrero de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don, por escrito que tuvo entrada el 27 de marzo de 2015 en el Registro Mercantil de Barcelona, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley 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. Respecto a la primera causa de oposición basada en que la sociedad no está obligada a nombramiento de auditor así como que esta auditoría supondrá

un coste para la sociedad innecesario. Conviene recordar que aun cuando la sociedad no esté obligada a presentar con sus cuentas anuales el informe de auditoría, dicha obligación puede surgir de manera sobrevenida cuando, como ocurre en el caso presente, lo solicitan los socios que reúnen las condiciones de capital y tiempo legalmente exigidas, siendo este, precisamente, el supuesto previsto en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital que, además, impone de manera taxativa y sin que quepa margen interpretativo alguno que estos gastos corren siempre a cargo de la sociedad.

2. Respecto a la tercera causa de oposición, basada en que el administrador de la sociedad, siempre ha obrado con total transparencia hacia los socios de la misma, habiendo facilitado en todo momento cualquier tipo de documentación solicitada por los socios, así como la información relativa a las cuentas anuales de la sociedad para su correspondiente aprobación, esta Dirección General mantiene que no pueden confundirse el derecho de información que asiste a todos los socios de entidades mercantiles, con el derecho a solicitar el nombramiento de un auditor de cuentas que verifique las cuentas de cada ejercicio siempre que el solicitante o solicitantes reúnan los requisitos de tiempo y capital previstos por la Ley para ello, siendo por lo tanto derechos independientes el uno del otro, como se vienen recogiendo entre otras Resoluciones en la de 6 de octubre de 2010.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución de la Registradora Mercantil núm. VII de Barcelona, doña Carmen Gómez Meana Crespo, de fecha 24 de febrero de 2015.

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

Madrid, 9 de julio de 2015.-El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo. Sra. registradora Mercantil de Barcelona.

Resolución de 10 de julio de 2015 (1.ª)

En el expediente 69/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Servial Productos Alimenticios, S.L.».

HECHOS

I

Doña, en nombre y representación de doña, presentó un escrito de fecha 23 de marzo de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Badajoz, en el que tuvo su entrada el 24 de marzo de 2015, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y como titular de más del 5% del capital social de «Servial Productos Alimenticios, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º La sociedad ya ha nombrado auditor de cuentas con el carácter de auditoría voluntaria.

III

El registrador mercantil de Badajoz, don Juan Enrique Pérez y Martín dictó Resolución en fecha 14 de abril de 2015 por la que acordó admitir la oposición y no proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Doña, por escrito de fecha 4 de mayo de 2015, que tuvo entrada el 7 de mayo de 2015 en el Registro Mercantil de Badajoz, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: 1.º Que el nombramiento voluntario de auditor enerve el derecho del socio al nombramiento de auditor designado por el Registrador Mercantil pretende sortear la legalidad, atacar el derecho de información de los socios minoritarios y no cumplir con la obligación legal de que sean auditadas las cuentas por un experto independiente nombrado al efecto por el Registrador Mercantil simulando apariencias.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. El presente recurso plantea una cuestión que hace ocioso el examen de las restantes, en concreto la relativa al plazo de interposición del presente recurso de alzada.

Al respecto cabe señalar que el artículo 354.3 del Reglamento del Registro Mercantil dispone taxativamente que la decisión del Registrador Mercantil declarando la procedencia o improcedencia del nombramiento podrá recurrirse en alzada ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en el plazo de quince días, comenzando el cómputo de dicho plazo a partir del día siguiente a la notificación de la resolución. En el caso presente, consta en el expediente que la notificación de la resolución de 14 de abril de 2015 del Registrador Mercantil de Badajoz se recibió el 17 de abril de 2015, mientras que el recurso de alzada que hoy se resuelve se presentó en el Registro Mercantil de Badajoz el 7 de mayo de 2015, es decir, una vez vencido el plazo de quince días para su interposición, vencimiento que tuvo lugar el día 6 de mayo de 2015, pronunciándose sobre esta materia la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de octubre de 2013.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Badajoz, don Juan Enrique Pérez y Martín, de fecha 14 de abril de 2015.

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

Madrid, 10 de julio de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador Mercantil de Badajoz.

Resolución de 10 de julio de 2015 (2.ª)

En el expediente 102/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Negral Morrazo, S.L.».

HECHOS

I

Doña, en representación de doña..... presentó un escrito de fecha 25 de marzo de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Pontevedra, en el que tuvo su entrada el día 31 inmediato posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más

del 5% del capital social de «Negral Morrazo, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

Acompaña a su solicitud copia del poder autorizado por el notario de Pontevedra don José Pedro Riol López por el que la poderdante, doña confiere poder limitado por el objeto en relación a las 316 participaciones de la sociedad de que es titular con las siguientes facultades: «venderlas a la persona o personas que tenga por conveniente...».

El día 14 de abril se presenta por correo otro ejemplar de la misma instancia anterior en la que consta la firma de doña

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º La solicitud no expresa la causa y solo persigue perjudicar a la sociedad obligándola a realizar un elevado coste. 2.º La práctica de una auditoría busca facilitar a los socios información veraz y técnica sobre la situación económica de la sociedad por lo que si el socio pudo y conoció las cuentas sociales debe negársele legitimación; la solicitante, a través de una sociedad «Eurogest Usa, S.L.», ha sido desde la constitución la asesora contable de la sociedad por lo que conoce en profundidad las cuentas y ha sido la responsable de llevar las correspondientes al ejercicio 2014. 3.º La sociedad ha prescindido de los servicios de «Eurogest Usa, S.L.», por lo que la solicitante busca perjudicar a la sociedad obligándola a afrontar un gasto innecesario.

III

La registradora mercantil de Pontevedra, doña Ana María López Rodríguez dictó Resolución en fecha 23 de abril de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Doña, como administradora única de la sociedad, por escrito de fecha 15 de mayo de 2015, que tuvo entrada el día 19 siguiente en el Registro Mercantil de Pontevedra, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando el segundo argumento de su escrito de oposición que se da por reproducido y añadiendo lo siguiente: «Que el poder en virtud del que actuó la presentante de la solicitud es insuficiente por cuanto no comprendía facultad alguna de ejercicio de los derechos del socio. Que con posterioridad se presenta un ejemplar de la misma instancia en el que firma la socia doña..... De este segundo ejemplar no se dio traslado a la sociedad y además es extemporáneo al haberse presentado transcurrido el plazo de tres meses legalmente previsto».

V

El día 25 de junio de 2015 tiene entrada en esta Dirección General escrito de doña....., actuando en nombre de doña..... por el que manifiesta su voluntad de no continuar el procedimiento dado que ha procedido a la venta de sus participaciones sociales a favor de doña....., recurrente en este expediente. Se acompaña copia de la escritura de compraventa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. Esta Dirección General ha resuelto aceptar de plano el desistimiento presentado por doña..... en representación de doña....., solicitante de la auditoría de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014 para la sociedad «Negral Morrazo, S.L.» y declarar concluso el procedimiento iniciado a su instancia al no existir interés protegible que imponga su continuación.

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

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

Madrid, 10 de julio de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.–Sra. Registradora Mercantil de Pontevedra.

Resolución de 10 de julio de 2015 (3.^a)

En el expediente 104/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Explanity Design, S.L.».

HECHOS

I

Don..... presentó un escrito de fecha 30 de marzo de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Explanity Design, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la realización de la auditoría del ejercicio 2014 fue encargado a determinada firma en fecha 14 de noviembre de 2014. 2.º Que se adjunta ejemplar del informe de verificación y se pone a disposición del solicitante.

Se acompaña informe de verificación de las cuentas correspondientes al ejercicio 2014 firmado por la sociedad de auditoría «MGI Audición & Partners, S.L.P.», en fecha 20 de abril de 2015.

III

La registradora mercantil de Madrid núm. VIII, doña María Rosa Rebollo González dictó Resolución en fecha 28 de abril de 2015 por la que acordó admitir la oposición y rechazar el nombramiento de auditor solicitado.

IV

Don, por escrito de fecha 20 de mayo de 2015, que tuvo entrada el día 26 inmediato posterior en el Registro Mercantil de Madrid, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, alegando que si bien se acepta que de los dos requisitos exigidos por esta Dirección General para aceptar la enervación del socio minoritario, se cumple el segundo relativo a la garantía del derecho del socio, no ocurre lo mismo con el primer requisito. De la documentación resulta que la carta de encargo tiene fecha anterior, pero dicho documento es un mero documento privado entre partes que carece de fehaciencia; que ha sido directivo de la empresa hasta fechas recientes y desconocía la existencia de tal encargo; que de todo lo anterior resulta que no se puede enervar el derecho de la minoría al no cumplirse uno de los requisitos que para ello exige la propia Dirección General.

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 el conflicto que se produce cuando a la solicitud del socio minoritario para que se designe auditor conforme al artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital se opone la afirmación de la sociedad de que ya existe auditor designado para el mismo ejercicio.

Este Centro Directivo ha afirmado de forma reiterada (Resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de

agosto de 2012 y 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, entre otras muchas), que la finalidad del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital es la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la estructura empresarial, para lo cual dicho artículo reconoce y regula el derecho a la verificación de la contabilidad social por un profesional independiente nombrado por el Registrador Mercantil a instancia de los socios que reúnan un mínimo de participaciones sociales o acciones equivalentes al 5% del capital social y siempre que presenten su solicitud en los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social.

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

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

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones concurrentes: a) Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de

la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. b) Que se garantice el derecho del socio al informe de auditoría, lo que solo puede lograrse mediante la inscripción del nombramiento, mediante la entrega al socio del referido informe o bien mediante su incorporación al expediente.

2. En el supuesto que da lugar a la presente se cumplen ambas exigencias pues la sociedad ha acreditado el nombramiento anterior y ha acompañado al expediente el informe de verificación de la sociedad referido al ejercicio 2014.

El recurrente afirma que la acreditación del nombramiento anterior no es tal pues se trata de un mero documento privado inoponible a terceros. Al respecto es preciso 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 el supuesto de este expediente, resulta que la primera fecha fehaciente que resulta de los documentos es posterior a la presentación de la solicitud por el socio minoritario; no obstante, de una valoración conjunta de las pruebas, se llega a la conclusión de que el nombramiento sí fue previo a la solicitud presentada por el interesado. En este sentido la administración de la sociedad expresó en su escrito de oposición que el nombramiento voluntario de auditor fue anterior a la entrada en el registro Mercantil de la solicitud del socio y acompaña la carta de encargo fechada el día 14 de noviembre de 2014 y firmada por la representación de la sociedad y de la firma auditora. 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.

A lo anterior se une el hecho de que se acompaña el informe de auditoría llevado a cabo por la firma designada y referido al ejercicio 2014. Resulta forzoso entender que el interés que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital pretende proteger está debidamente salvaguardado por cuanto la pretensión de que las cuentas de la sociedad sean sometidas al examen de un auditor con el fin de determinar si expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación, ha sido debidamente cumplimentado (art. 1.3 de la Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas). Procede en consecuencia la desestimación del recurso.

En consecuencia, el Registrador en comisión que suscribe propone desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Madrid núm. VIII, doña María Rosa Rebollo González de fecha 28 de abril de 2015.

Madrid, 2 de julio de 2015.—Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.—Sr. Registrador Mercantil núm. VIII de Madrid.

Resolución de 10 de julio de 2015 (4.ª)

En el expediente 105/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Marisquería Sant Boi, S.L.».

HECHOS

I

Doña, presentó un escrito de fecha 18 de marzo de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, en el que tuvo su entrada el día 25 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 «Marisquería Sant Boi, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que en Junta General de 23 de abril de 2014 la Junta General de socios de la sociedad acordó el aumento de capital social; que en fecha 24 de julio, transcurridos los plazos previstos y no acudiendo la solicitante a la suscripción de capital se elevó a público el acuerdo en escritura autorizada por el notario de Sant Boi de Llobregat don, quedando el capital dividido en 17000 participaciones sociales haciendo un total de 102.170 euros de capital social. 2.º Que de la misma escritura que se acompaña resulta que mediante burofax se notificó a la solicitante su derecho de suscripción. Que de todo lo anterior resulta que la solicitante es titular de 300 participaciones de las 17.000 existentes lo que hace una participación del 1,76% del capital social, inferior al mínimo legal.

III

El registrador mercantil de Barcelona núm. XIII, don Ignacio Garmendia Rodríguez dictó resolución en fecha 17 de abril de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y

proceder al nombramiento del auditor solicitado. De la resolución resulta que la escritura de aumento de capital se presentó por vez primera en el Registro Mercantil el día 24 de julio de 2014 calificándose con defectos y caducando el asiento de presentación posteriormente. Resulta que se volvió a presentar el día 14 de abril de 2015, calificándose con defectos y estando vigente el asiento en la fecha de la resolución.

IV

Doña, en representación de la sociedad y por escrito de fecha 15 de mayo de 2015, que tuvo entrada el día 20 posterior en el Registro Mercantil de Barcelona, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución alegando lo siguiente: 1.º Que la solicitante cuando presenta su solicitud sabe perfectamente que sus participaciones no representan el 15% del capital social como resulta de la escritura pública presentada junto al escrito de oposición de la que resulta que compareció en la Junta en la que se adoptó el acuerdo de aumento. Que se ha recibido cédula de emplazamiento del Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Barcelona como consecuencia de la demanda interpuesta por la solicitante impugnando la validez del acuerdo de aumento. Se acompaña documentación. 2.º Que el registrador conoce el hecho del aumento de capital por cuanto la escritura se ha presentado en dos ocasiones a inscripción. Que la solicitante no es un tercero ni la inscripción tiene carácter constitutivo (con cita de doctrina y resoluciones de esta Dirección así como jurisprudencial). 3.º Que el aumento ha sido ejecutado y el resto de socios ha desembolsado el contravalor por lo que la decisión del registrador impide al resto de socios el debido ejercicio de sus derechos pudiendo llegarse a la absurda situación de que se inscriba el aumento antes de que proceda el nombramiento de auditor cuando el Registro Mercantil publique la composición del capital en términos contradictorios con el nombramiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. 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 sostenida 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 pre-

cisa 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).

2. Cuestión distinta es si la inscripción tiene o no carácter constitutivo, cuestión que no afecta al contenido de este expediente. Ciertamente y como pusiera de relieve la resolución de 4 de febrero de 2013, no pueden confundirse los diferentes planos en los que actúa la eficacia del acuerdo no inscrito. De conformidad con lo establecido en el artículo 159 de la Ley de Sociedades de Capital el acuerdo social se produce por la concurrencia del régimen de votación previsto en la Ley, momento en el que: «2. Todos los socios, incluso los disidentes y los que no hayan participado en la reunión, quedan sometidos a los acuerdos de la junta general», añadiendo el artículo 202 que: «3. Los acuerdos sociales podrán ejecutarse a partir de la fecha de la aprobación del acta en la que consten».

Desde ese momento el acuerdo social despliega efectos y los socios pueden actuar en consecuencia. Ahora bien, la conclusión anterior no puede confundirse con el carácter constitutivo de la inscripción (sobre lo que no procede un pronunciamiento expreso al ser irrelevante a los efectos de esta resolución), ni con la oponibilidad del acuerdo frente a terceros. Esta última circunstancia, que es la que propiamente constituye el objeto de la presente, está supeditada en nuestro ordenamiento a su debida publicación en los casos legalmente previstos (art. 21 del Código de Comercio). Lo que no puede pretenderse la sociedad es hacer valer frente a terceros (el registrador), un acuerdo social que ha permanecido en la clandestinidad, máxime cuando el órgano de administración está obligado a presentarlo a inscripción en el plazo de un mes desde su adopción, a fin de que desenvuelva todos los efectos previstos en el ordenamiento y no solo los meramente internos (*vide* art. 19 del Código de Comercio en relación a los arts. 81.2, 83 y 94.1.2.^a del Reglamento del Registro Mercantil).

3. En el expediente que da lugar a la presente se da la circunstancia de que al tiempo de expedir la resolución impugnada la escritura pública en la que se documentó el acuerdo de ampliación de capital constaba presentada en el Registro Mercantil si bien calificada con defectos. En esta situación lo correcto es suspender la tramitación del expediente de nombramiento de auditor por cuanto del propio Registro resulta una indeterminación sobre la situación fáctica que determina la concurrencia de la legitimación de la solicitante. Producida la inscripción o la caducidad del asiento de presentación y despejada la incertidumbre es cuando procede el pronunciamiento del registrador de acuerdo con el contenido del Registro. No resultando del expediente cual

sea la circunstancia que se haya producido, procede la anulación de la resolución y la retroacción del expediente.

4. En el expediente que da lugar a la presente resulta además que al tiempo de interponerse el recurso se acredita la interposición de demanda de nulidad contra los acuerdos adoptados en su día sobre aumento de capital de cuya validez o nulidad dependerá la concurrencia de la legitimación de la solicitante. 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 solicitante, bien porque se discuta su condición de socio, bien para discutir si el solicitante es titular de participaciones concretas, bien para determinar si el solicitante es titular de un porcentaje sobre un conjunto de ellas bien, como ahora se hace, porque se discuta el porcentaje de participación en el capital social. El hecho de que el conocimiento de la cuestión debatida este siendo ejercitada por los Tribunales impide que esta Dirección se pronuncie en tanto no exista una resolución judicial firme al respecto.

5. En el caso presente, acreditada la litispendencia en torno a la legitimación por haberse planteado ante el Juzgado competente demanda sobre la validez de acuerdos sociales de los que depende aquella, procede declarar en suspenso la tramitación del expediente hasta que la exigida legitimación haya sido definitivamente aclarada mediante sentencia firme dictada en el pleito civil correspondiente, en el entendimiento de que, si se declara en sede judicial la improcedencia de la demanda sobre la validez de los acuerdos, la legitimación de la solicitante quedaría desvirtuada definitivamente y viceversa.

En definitiva, acreditada en el expediente la existencia de una demanda que, de prosperar, 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.

No es óbice el hecho de que los acuerdos impugnados se encuentren pendientes de inscripción en el Registro Mercantil de Barcelona pues como resulta de las consideraciones más arriba realizadas dependerá del devenir del procedimiento registral las consecuencias que de ello se deriven.

Tampoco es óbice que no conste en el expediente que se haya ordenado el reflejo en el Registro Mercantil el hecho de la presentación de la demanda. Con independencia de los efectos que puedan producirse en el ámbito del Registro Mercantil y en la hoja de la sociedad, lo relevante a los efectos de este expediente es que se despeje la incertidumbre sobre la legitimación de la solicitante, incertidumbre que deriva tanto del hecho de que no resulta cual sea la situación registral como del hecho de que existe acreditada litispendencia. Una vez que se despeje la incertidumbre respecto de ambas circunstancias procederá que el registrador se pronuncie sobre si concurren o no los requisi-

tos exigidos por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital para la designación de auditor.

6. De acuerdo a las consideraciones anteriores esta Dirección General resuelve:

1.º Se deja sin efecto la resolución del registrador mercantil de Barcelona núm. 13, don Ignacio Garmendia Rodríguez de fecha 17 de abril de 2015.

2.º Se retrotrae el expediente a la fase de instrucción, en concreto al momento anterior a la resolución que se deja sin efecto, con el fin de que el registrador mercantil, en atención al estado del Registro y al resultado del procedimiento civil en curso resuelva lo que proceda de conformidad con la doctrina expuesta más arriba.

3.º Devolver el expediente al registrador mercantil a fin de que se lleven a cabo las anteriores diligencias.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Barcelona núm. XIII, don Ignacio Garmendia Rodríguez de fecha 17 de abril de 2015 en los términos que resultan de las consideraciones anteriores.

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

Madrid, 10 de julio de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.–Sr. Registrador Mercantil núm. XIII de Barcelona.

Resolución de 10 de julio de 2015 (5.ª)

En el expediente 106/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Glaudius Inmo, S.L.».

HECHOS

I

Don, en representación de don, presentó un escrito de fecha 30 de marzo de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el mismo día,

en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Glaudius Inmo, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

El Registro Mercantil de Madrid oficia al solicitante para que aporte copia autorizada del poder lo que ocurre el día 17 de abril de 2015.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que el solicitante carece de la condición de socio por cuanto transmitió sus participaciones a la sociedad «Euroinversiones y Asesorías, S.L.», en escritura autorizada por el notario de Madrid don el día 20 de febrero de 2008, aportando copia de la misma. 2.º Que el poder presentado es insuficiente por cuanto no contiene facultades para defender los derechos societarios del otorgante.

III

La registradora mercantil de Madrid núm. VI, doña María Victoria Arizmendi Gutiérrez dictó resolución en fecha de 4 de mayo de 2015 por la que acordó admitir la oposición y desestimar el nombramiento del auditor solicitado por carecer el instante de la condición de socio.

IV

Don, en representación de don y de la sociedad «Euroinversiones y Asesorías, S.L.», por escrito de fecha 21 de mayo de 2015, que tuvo entrada el día siguiente en el Registro Mercantil de Madrid, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: 1.º Que la resolución no ha tenido en cuenta que el señor don actuaba en su propio nombre y derecho y en representación de la mercantil «Euroinversiones y Asesorías, S.L.», en su condición de administrador de la sociedad como se evidencia en el poder presentado, por lo que siendo esta sociedad titular de un 50% de acciones (sic) de «Glaudius Inmo, S.L.», procede el nombramiento de auditor. 2.º Que el motivo de rechazo era subsanable siendo así que el Registro Mercantil de Madrid solo solicitó que se aportase copia del poder y no que justificase su condición de socio dentro de plazo. Que el Registro Mercantil ha dado por supuesta la condición de socio sin entender en ningún momento que existiera defecto de acreditación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. El recurso no puede prosperar. La cuestión relativa a la legitimación del socio que lleva a cabo la solicitud ha sido reiteradamente abordada por este Centro Directivo entendiéndose suficiente la aportación de un principio de prueba por escrito, pues se estima que el Reglamento del Registro Mercantil –artículo 351.2– no ha pretendido ser especialmente exigente con el socio a la hora de exigirle que acredite documentalmente su condición, e incluso que no siempre resulta exigible dicha justificación documental –«en su caso», dice el precepto–. Por su parte y en lo referente a la negación de la legitimación se ha concluido –a pesar del tenor literal del art. 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil– que por sí sola no basta para justificar la oposición y que es necesario que la sociedad aporte, a su vez, prueba que demuestre que no reúne tal condición, pretendiendo con ello no introducir un desequilibrio en el principio de igualdad jurídica de las partes intervinientes que evidentemente la Ley no pretende. En el caso que nos ocupa, la sociedad ha acreditado en el expediente que el solicitante, don, no es socio de la sociedad por cuanto transmitió sus participaciones en escritura pública a la sociedad «Euroinversiones y Asesorías, S.L.». El recurrente en realidad no niega esta circunstancia sino que pretende que esta Dirección asuma la imposible afirmación de que el representante que firma la instancia ejercía su función en nombre de dicho señor y que este a su vez actuaba en nombre de la sociedad adquirente de las participaciones que transmitió.

Dicha pretensión es imposible de aceptar porque nada hay en la solicitud del instante que permita respaldar semejante afirmación. Con toda claridad resulta de la instancia presentada en el Registro Mercantil de Madrid que quien firma la instancia actúa en nombre y representación de don, En ningún apartado se afirma que este, a su vez, actúe en representación de una sociedad. La afirmación de que tal circunstancia se debe deducir del poder en virtud del que actúa el firmante de la solicitud, Juan Suárez Sánchez, por el mero hecho de que en dicho instrumento compareció don en nombre propio y en nombre de dicha sociedad es igualmente inaceptable pues para ello habría sido necesario que constare su actuación por cuenta del «socio» tal y como exige el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil. No constando en modo alguno dicha circunstancia procede la desestimación del motivo de recurso.

2. Es igualmente inaceptable el segundo motivo de recurso que afirma que las circunstancias puestas de manifiesto anteriormente constituyen un defecto subsanable del que debería haberse advertido al instante. Es inaceptable porque para ello habría sido preciso que de la instancia resultase que la actuación del firmante o de la persona por cuya cuenta ha actuado, incluía un tercer interesado. Como se ha reiterado, no constando circunstancia alguna al respecto no existía indicio que diera pie a la registradora para entenderlo así por lo que su actuación ha sido enteramente conforme a Derecho. Como resulta de las primeras frases de esta resolución corresponde al solicitante apelar a su condición de socio y, en su caso, acreditarlo. En la instancia presentada se afirma que quien ostenta la condición de socio era don, La registradora actúa en consecuencia y solo aprecia lo contrario cuando así se le

pone de manifiesto por la otra parte. No había en consecuencia defecto que subsanar en la instancia sino una afirmación de parte que ha resultado no ser veraz lo que ha conducido a la inadmisión de la pretensión del solicitante.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Madrid núm. VI, doña María Victoria Arizmendi Gutiérrez de fecha de 4 de mayo de 2015.

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

Madrid, 10 de julio de 2015.—Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállico.—Sr. Registrador Mercantil de Madrid.

Resolución de 10 de julio de 2015 (6.ª)

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

HECHOS

I

Don, presentó un escrito de fecha 30 de marzo de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Góndolas in Design, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la auditoría correspondiente al ejercicio 2014 fue encargada a la sociedad «MGI Audición & Partners, S.L.P.», acompañando carta de encargo firmada por ambas partes y fechada el día 14 de noviembre de 2014. 2.º Que acompañan informe de verificación realizado para su incorporación al expediente. Se acompaña informe de verificación de las cuentas correspondientes al ejerci-

cio 2014 firmado por la sociedad de auditoría «MGI Audición & Partners, S.L.P.», en fecha 20 de abril de 2015.

III

El registrador mercantil de Madrid núm. X, don Jesús González y Salinas dictó Resolución en fecha 27 de abril de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don, por escrito de fecha 20 de mayo de 2015, que tuvo entrada el día 26 inmediato posterior en el Registro Mercantil de Madrid, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, alegando que si bien se acepta que de los dos requisitos exigidos por esta Dirección General para aceptar la enervación del socio minoritario, se cumple el segundo relativo a la garantía del derecho del socio, no ocurre lo mismo con el primer requisito. De la documentación resulta que la carta de encargo tiene fecha anterior, pero dicho documento es un mero documento privado entre partes que carece de fehaciencia; que ha sido directivo de la empresa hasta fechas recientes y desconocía la existencia de tal encargo; que de todo lo anterior resulta que no se puede enervar el derecho de la minoría al no cumplirse uno de los requisitos que para ello exige la propia Dirección General.

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. Una vez se plantea ante esta Dirección el conflicto que se produce cuando a la solicitud del socio minoritario para que se designe auditor conforme al artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital se opone la afirmación de la sociedad de que ya existe auditor designado para el mismo ejercicio.

Este Centro Directivo ha afirmado de forma reiterada (Resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012 y 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, entre otras muchas), que la finalidad del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital es la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la estructura empresarial, para lo cual dicho artículo reconoce y regula el derecho a la verificación de la contabilidad social por un profesional independiente nombrado por el Registrador Mercantil a instancia de los socios que reúnan un mínimo de participaciones sociales o acciones equivalentes al 5% del capital social y

siempre que presenten su solicitud en los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social.

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

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

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

2. En el supuesto que da lugar a la presente se cumplen ambas exigencias pues la sociedad ha acreditado el nombramiento anterior y ha acompañado al expediente el informe de verificación de la sociedad referido al ejercicio 2014.

El recurrente afirma que la acreditación del nombramiento anterior no es tal pues se trata de un mero documento privado inoponible a terceros. Al respecto es preciso 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 el supuesto de este expediente, resulta que la primera fecha fehaciente que resulta de los documentos es posterior a la presentación de la solicitud por el socio minoritario; no obstante, de una valoración conjunta de las pruebas, se llega a la conclusión de que el nombramiento sí fue previo a la solicitud presentada por el interesado. En este sentido la administración de la sociedad expresó en su escrito de oposición que el nombramiento voluntario de auditor fue anterior a la entrada en el registro Mercantil de la solicitud del socio y acompaña la carta de encargo fechada el día 14 de noviembre de 2014 y firmada por la representación de la sociedad y de la firma auditora. 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.

A lo anterior se une el hecho de que se acompaña el informe de auditoría llevado a cabo por la firma designada y referido al ejercicio 2014. Resulta forzoso entender que el interés que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital pretende proteger está debidamente salvaguardado por cuanto la pretensión de que las cuentas de la sociedad sean sometidas al examen de un auditor con el fin de determinar si expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación, ha sido debidamente cumplimentado (art. 1.3 de la Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas). Procede en consecuencia la desestimación del recurso.

Ni jurídica ni económicamente tendría justificación la designación de un nuevo auditor que llevase a cabo la misma tarea de verificación que se ha realizado. Como pone de relieve la sentencia citada de nuestro Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2007, la pretensión de que se lleve a cabo una nueva auditoría referida al mismo ejercicio debe ser rechazada por innecesaria y sin perjuicio de la valoración jurídica que de tal pretensión puedan deducir los Tribunales de Justicia (Fundamento de Derecho segundo *in fine*).

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid núm. X, don Jesús González y Salinas de fecha 27 de abril de 2015.

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

Madrid, 10 de julio de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador Mercantil núm. X de Madrid.

Resolución 10 de julio de 2015 (7.ª)

En el expediente 108/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Exclusivas Confort Valles, S.L.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito de fecha 19 de marzo de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, en el que tuvo su entrada el día 24 inmediato posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Exclusivas Confort Valles, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la sociedad nombró auditor para los ejercicios 2013 a 2015 mediante acuerdo de Junta General celebrada el día 25 de junio de 2013 como resulta de la escritura autorizada por el notario de Sabadell don Juan Gómez Martínez el día 5 de septiembre de 2013 que se inscribió en el Registro Mercantil de Barcelona el día 30 de septiembre del mismo año.

III

La registradora mercantil de Barcelona núm. X, doña Juana Cuadrado Cenzual dictó Resolución en fecha 10 de abril de 2015 por la que acordó admitir la oposición y rechazar el nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don, por escrito de fecha 13 de mayo de 2015, que tuvo entrada el día 19 de mayo en el Registro Mercantil de Barcelona, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, afirmando: 1.º Que la resolución de la registradora se le notificó el día 27 de abril de 2015. 2.º Que es cierto que la Junta de socios de fecha 25 de junio de 2013 acordó el nombramiento de auditor pero que no estando de acuerdo con dicha decisión la impugnó. 2.º Que reúne los requisitos del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital por lo que tiene derecho al nombramiento de auditor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

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

Al respecto cabe señalar que el artículo 354.3 del Reglamento del Registro Mercantil dispone taxativamente que la decisión del registrador Mercantil declarando la procedencia o improcedencia del nombramiento podrá recurrirse en alzada ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en el plazo de quince días, comenzando el cómputo de dicho plazo a partir del día siguiente a la notificación de la resolución. En el caso presente, consta en el expediente que la notificación de la resolución de 10 de abril de 2015 de la registradora Mercantil de Barcelona, se recibió el día 27 de abril como reconoce el propio recurrente en su escrito de recurso, mientras que el recurso de alzada que hoy se resuelve se presentó en el Registro Mercantil el día 19 de mayo siguiente; es decir, una vez vencido el plazo de quince días para su interposición, vencimiento que tuvo lugar el día 15 de mayo de 2015 del mismo año.

Resultando que la resolución que se pretende impugnar alcanzó en dicha fecha el estado de firmeza (*vide* arts. 48 y 115.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común), no cabe sino inadmitir el presente recurso de alzada.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado inadmitir el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Barcelona núm. X, doña Juana Cuadrado Cenzual de fecha 10 de abril de 2015.

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

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

Madrid, 10 de julio de 2015.—Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.—Sra. Registrador Mercantil núm. X de Barcelona.

Resolución de 13 de julio de 2015

En el expediente 109/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Coll Farma, S.L.».

HECHOS

I

Doña, presentó un escrito de fecha 27 de enero 2015, dirigido al Registro Mercantil de Asturias, en el que tuvo su entrada el día 9 de febrero 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 «Coll Farma, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la solicitante no es socio de la sociedad dado que el día 4 de diciembre de 2014 se llevó a cabo una Junta Extraordinaria de socios que acordó una operación acordeón conforme a la cual se redujo a cero el capital social y se amplió con posterioridad; que a dicha Junta no acudió la solicitante; que no obstante lo anterior está abierto el plazo de suscripción preferente que puede ejercitar la solicitante motivo por el que no se han inscrito todavía los acuerdos. Acompaña copia del acta de Junta General autorizada en Posada de Llanera por su notario don Luis Mazorra Ruescas el día 2 de diciembre de 2014 en la que consta la diligencia de celebración de fecha 5 de diciembre de 2014. Acompaña copia de la escritura autorizada por el mismo notario en fecha 5 de marzo de 2015 por la que se elevan a público los anteriores acuerdos así como copia de la notificación a la solicitante a los efectos de ejercicio de su derecho.

III

La registradora mercantil de Asturias doña María Concepción Solance del Castillo por resolución de fecha 12 de marzo de 2015 suspende la tramitación del expediente hasta que no se acredite debidamente la ejecución del acuerdo de aumento de capital social.

IV

La registradora mercantil de Asturias doña María Concepción Solance del Castillo dictó Resolución en fecha 21 de abril de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado al no haberse justificado la inscripción del aumento de capital.

V

Don, por escrito de fecha 20 de mayo de 2015, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Asturias, interpuso recurso dealzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos, añadiendo que la solicitante no ha ejercitado su derecho de adquisición preferente y que ha solicitado ese mismo día la inscripción de la operación acordeón en el Registro Mercantil.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. Como ha reiterado esta Dirección (Resoluciones de 22 de septiembre de 2012, 13 de mayo y 20 de diciembre de 2013 y 31 de enero, 5 de agosto, 1 de octubre y 10 de diciembre de 2014, entre las más recientes), procede la suspensión del procedimiento cuando, con anterioridad a la presentación de la instancia del socio en el Registro Mercantil solicitando la auditoría, se está discutiendo en vía judicial su legitimación, bien porque se discuta su condición de socio, bien para discutir si el solicitante es titular de participaciones concretas, bien para determinar si el solicitante es titular de un porcentaje sobre un conjunto de ellas bien, como ahora se hace, porque se discuta el porcentaje de participación en el capital social. El hecho de que el conocimiento de la cuestión debatida este siendo ejercitada por los Tribunales impide que esta Dirección se pronuncie en tanto no exista una resolución judicial firme al respecto.

2. Del mismo modo cuando existe acreditada una circunstancia que implica una incertidumbre sobre la legitimación del solicitante y dicha incertidumbre tiene un plazo de finalización, procede la suspensión del procedimiento en tanto no se resuelva la situación a fin de que el registrador mercantil pueda resolver conforme a Derecho. En el expediente que da lugar a la presente la registradora mercantil así lo entendió y procedió a la suspensión del procedimiento en tanto no se le acreditase la ejecución del aumento de capital que la sociedad opuso a la pretensión de la solicitante y que, de

verificarse, habría impuesto una u otra decisión. La actuación de la registradora es conforme a Derecho por cuanto estando en curso el procedimiento de suscripción y desembolso del capital social decidido en la operación de reducción y aumento simultáneo de capital y acreditándose la veracidad del acuerdo adoptado, obró correctamente por cuanto de la culminación del procedimiento en uno u otro sentido dependía la legitimación de la solicitante.

Con posterioridad, la registradora mercantil resuelve la procedencia del nombramiento.

Del escrito de recurso resulta que la sociedad ha presentado la escritura pública que recoge los acuerdos de reducción y aumento junto con la que recoge su ejecución. En esta situación un mínimo de prudencia aconseja suspender la tramitación del expediente de nombramiento de auditor por cuanto del propio Registro resulta una indeterminación sobre la situación fáctica que determina la concurrencia de la legitimación de la solicitante. Producida la inscripción o la caducidad del asiento de presentación y despejada la incertidumbre procederá el pronunciamiento de la registradora de acuerdo con el contenido del Registro.

De acuerdo a las consideraciones anteriores esta Dirección General resuelve:

1.º Se deja sin efecto la resolución de la registradora mercantil de Asturias doña María Concepción Solance del Castillo de fecha 21 de abril de 2015.

2.º Se retrotrae el expediente a la fase de instrucción, en concreto al momento anterior a la resolución que se deja sin efecto, con el fin de que la registradora mercantil, en atención al estado del Registro y en especial de la solicitud de la sociedad de que se lleve a cabo la inscripción de los acuerdos de reducción y aumento simultáneo de capital, resuelva lo que proceda de conformidad con la doctrina expuesta más arriba.

3.º Devolver el expediente a la registradora mercantil a fin de que se lleven a cabo las anteriores diligencias.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la resolución de la registradora mercantil de Asturias doña María Concepción Solance del Castillo de fecha 21 de abril de 2015.

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

Madrid, 13 de julio de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sra. Registradora Mercantil de Asturias.

Resolución de 14 de julio de 2015 (1.^a)

En el expediente 110/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «The Hip Tee, S.L.».

HECHOS

I

Doña, presentó una escrito de fecha 30 de marzo de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «The Hip Tee, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la solicitud constituye un abuso de derecho y resulta contrario al interés social máxime cuando la solicitante es administradora mancomunada. 2.º Que la solicitante se ha extralimitado como administradora mancomunada en una solicitud que debería haber planteado dentro de la sociedad lo que constituye un claro abuso del cauce previsto en la Ley para la protección de la minoría. 3.º Que la solicitante como administradora mancomunada ha tenido a su alcance la contabilidad social y de hecho junto a otras personas se ha ocupado activamente de la gestión de fondos. 4.º Que el principio de intervención mínima rige también en este expediente de designación de auditor por lo que no puede ampararse el capricho de un administrador que tiene por sí mismo y junto a la otra administradora, la facultad de designar auditor a lo que se compromete quien firma la oposición para este ejercicio y los cuatro anteriores.

III

El registrador mercantil de Madrid núm. XII, don Adolfo García Ferreiro dictó Resolución en fecha 27 de abril de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Con fecha 26 de mayo de 2015, Doña, como administradora mancomunada, presentó un escrito en el Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo entrada el mismo día, mediante el cual interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos.

V

El día 9 de junio de 2015 tiene entrada en el Registro Mercantil de Madrid escrito de doña en el que manifiesta que ha procedido a la venta de sus participaciones en la sociedad por lo que desiste del procedimiento iniciado.

El día 11 de junio de 2015 tiene entrada en el Registro Mercantil de Madrid escrito firmado por don actuando en representación de «JYC Asesoramiento e Inversiones, S.L.», en el que pone de manifiesto que ha adquirido la totalidad de las participaciones de doña en la sociedad «The Hip Tee, S.L.», mediante escritura autorizada por el notario de Madrid don Juan Manuel Lozano Carreras el día 8 de junio de 2015 (de la que acompaña copia), y manifiesta su falta de interés en el nombramiento de un auditor para el ejercicio 2014.

Por oficio de remisión del Registro Mercantil de Madrid se hacen llegar ambos escritos a esta Dirección General de los Registros y del Notariado donde tienen entrada el día 16 de junio de 2015.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 90 y 91 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

1. Esta Dirección General ha resuelto aceptar de plano el desistimiento presentado por doña, solicitante de la auditoría de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014 para la sociedad «The Hip Tee, S.L.» y que ha sido ratificado por el adquirente de sus participaciones sociales, la sociedad «JYC Asesoramiento e Inversiones, S.L.», y declarar concluso el procedimiento iniciado a su instancia al no existir interés protegible que imponga su continuación.

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

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

Madrid, 14 de julio de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.–Sr. Registrador Mercantil núm. XII de Madrid.

Resolución de 14 de julio de 2015 (2.ª)

En el expediente 111/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Pecafer Inversión Social, S.L.».

HECHOS

I

Don, actuando en representación de la sociedad «León Consultoría de Gestión, S.L.», como administrador concursal, presentó un escrito de fecha 30 de marzo de 2015, dirigido al Registro Mercantil de León, en el que tuvo su entrada el Día siguiente, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular su representada de más del 5% del capital social de «Pecafer Inversión Social, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la sociedad solicitante no es socia de la que es objeto del expediente por cuanto se produjo la enajenación por subasta notarial de sus participaciones sociales a favor de la sociedad «Área de Servicio del Cerecedo S.L.», que las transmitió posteriormente a «Gasolineras Pecafer, S.L.». Que esta última como socio único procedió a aumentar el capital social por elevación del nominal de las participaciones sociales por compensación de créditos de modo que la participación en la sociedad ya no es la misma. Que no obstante con posterioridad el Juzgado de lo Mercantil de León que tramita el Concurso de la solicitante decretó la nulidad de la venta judicial de las participaciones. Que desde el 31 de julio de 2014 «Gasolineras Pecafer, S.L.», tiene presentado en el Juzgado de lo Mercantil un escrito por el que se ponen a disposición de la solicitante las participaciones en la sociedad sin que se haya recibido respuesta alguna. Que el Juzgado mercantil de León dictó resolución de fecha 31 de marzo de 2015 aperciendo a la solicitante para que manifestase si aceptaba la entrega de las participaciones sociales circunstancia que se ignora si se ha producido. Acompaña abundante documentación.

III

El registrador mercantil de León solicita a los interesados documentación de respaldo que se le hace llegar tanto por el solicitante (en el día 28 de abril de 2015), como por la sociedad (el día siguiente, 29 de abril).

El registrador mercantil de León, don Oscar Roa Nonide dictó Resolución en fecha 8 de mayo de 2015 por la que acordó suspender el procedimiento hasta que quede resuelto definitivamente en vía judicial si el solicitante ostenta o no la condición de socio.

IV

Don, actuando en representación de la sociedad «León Consultoría de Gestión, S.L.», como administrador concursal, por escrito de fecha 28 de mayo de 2015, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de León, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: 1.º Que la sentencia de 19 de mayo de 2014 del Juzgado de Primera Instancia núm. 8 y Mercantil de León decreta la nulidad de la subasta notarial de fecha 31 de octubre de 2011 por la que se transmitieron las participaciones de que era titular «León Consultoría de Gestión, S.L.», a «Área de Servicio del Cerecedo, S.L.» y de la posterior transmisión a «Gasolineras Pecafer, S.L.», añadiendo que no es óbice el aumento de capital realizado en el seno de la sociedad «Pecafer Inversiones Sociales, S.L.», por quien ostentaba la condición de socio único, «Gasolineras Pecafer, S.L.», al tratarse de una cuestión interna que debe solventar la sociedad pero que no afecta a la nulidad del negocio. Que como resulta de la propia resolución judicial la declaración de nulidad supone para quien ostentaba dicha condición la pérdida de la titularidad de las participaciones de donde se deduce que la sociedad «León Consultoría de Gestión, S.L.», se restituye en su condición de socio. Que de lo anterior resulta plenamente probada la condición de socio de «León Consultoría de Gestión, S.L.», en la sociedad «Pecafer Inversiones Sociales, S.L.». Acompaña documentación entre la que destaca la copia de la sentencia citada en el incidente concursal de continua referencia».

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. De la compleja situación fáctica que resulta de la exposición anterior resulta que existe un procedimiento concursal de la sociedad «León Consultoría de Gestión, S.L.», en cuyo procedimiento y por vía incidental se ha declarado la nulidad de la subasta pública y de la compraventa ulterior de las participaciones que aquella ostentaba en la sociedad objeto de este expediente: «Pecafer Inversiones Sociales, S.L.». La solicitante, «León Consultoría de Gestión, S.L.», considera que de este modo queda plenamente acreditada su condición de socio y por tanto su legitimación para que se designe auditor que verifique las cuentas del ejercicio 2014.

2. Como ha reiterado esta Dirección (Resoluciones de 22 de septiembre de 2012, 13 de mayo y 20 de diciembre de 2013 y 31 de enero, 5 de agosto, 1 de octubre y 10 de diciembre de 2014, entre las más recientes), procede la suspensión del procedimiento cuando, con anterioridad a la presentación de la instancia del socio en el Registro Mercantil solicitando la auditoría, se está discutiendo en vía judicial su legitimación, bien porque se discuta su condición de socio, bien porque se discuta el porcentaje de participación en el capital social, bien para discutir si el solicitante es titular de participaciones

concretas o bien de un porcentaje sobre un conjunto de ellas. La incertidumbre sobre la condición de socio inherente a la existencia del procedimiento impide que esta Dirección se pronuncie en tanto no exista una resolución judicial firme al respecto.

3. En el expediente que da lugar a la presente la sociedad solicitante ha acreditado mediante la sentencia de 19 de mayo de 2014 del Juzgado de Primera Instancia núm. 8 y Mercantil de León que la subasta notarial de fecha 31 de octubre de 2011 por la que se transmitieron sus participaciones sociales en la sociedad «Pecafer Inversiones Sociales, S.L.», así como la transmisión posterior a favor de la sociedad «Gasolineras Pecafer, S.L.», han sido declaradas nulas con los consiguientes efectos restitutorios que de tal condición se derivan conforme al artículo 1303 del Código Civil. La sentencia afirma que las sociedades «Área de Servicio del Cerecedo, S.L.» y «Gasolineras Pecafer, S.L.», recuperan la situación que tenían antes de la adjudicación declarada nula sin que sea obstáculo para ello la existencia de un aumento de capital llevado a cabo por «Gasolineras Pecafer, S.L.», que deberá ser resuelto por la propia sociedad «Pecafer Inversiones Sociales, S.L.».

La sociedad opone que tanto la sociedad «Área de Servicio del Cerecedo, S.L.», como «Gasolineras Pecafer, S.L.», han puesto a disposición de la sociedad «León Consultoría de Gestión, S.L.». las participaciones sin que haya manifestado su decisión de tomar posesión de las mismas. De la documentación que consta en el expediente lo que resulta es que han puesto a disposición de la sociedad «León Consultoría de Gestión, S.L.», solo una parte de las participaciones de las que era titular «Gasolineras Pecafer, S.L.», aquella que unilateralmente consideran equivalente a la participación que de aquella se vendió en la compraventa declarada nula.

Esta situación no puede tener el efecto enervatorio que resulta del escrito de oposición. Del contenido de la sentencia resulta con meridiana claridad que los efectos de la nulidad declarada priva de la condición de socio a quien venía ejerciendo dicha posición jurídica, la sociedad «Gasolineras Pecafer, S.L.», que por tanto se ha de reconocer en el actor, la sociedad «León Consultoría de Gestión, S.L.». El hecho de que no resulte acreditado si esta sociedad ha ejercitado o no ante el juez del concurso, que asimismo conoció de la nulidad (ex artículo 192 de la Ley Concursal), el requerimiento de toma de posesión resulta indiferente a los efectos de la presente dados los meridianos términos en que se expresa la sentencia.

Como ha reiterado esta Dirección no es preciso que la sociedad de quien se solicita la designación de auditor haya reconocido con anterioridad la condición de socio; tal circunstancia por si sola no puede enervar el derecho del socio minoritario pues tal y como se ha puesto de manifiesto por la Dirección General de los Registros y del Notariado (Resoluciones de fechas 30 y 31 de mayo y 26 de junio de 2007 y 4 y 8 de noviembre de 2013 entre otras muchas), la condición de socio no solo puede ser acreditada mediante una certificación expedida por el órgano de administración social ni mediante la inscripción en

el libro registro de acciones o participaciones ya que, de ser así, se dejaría al arbitrio de una de las partes de este procedimiento el ejercicio de un derecho que la ley le atribuye a la otra, el socio minoritario.

Acreditado en suma en el ámbito de este expediente la condición de socio de la sociedad «León Consultoría de Gestión, S.L.», en la sociedad «Pecafer Inversiones Sociales, S.L.» y acreditado indubitadamente su decisión de ejercer los derechos inherentes a su condición no procede sino estimar el recurso.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de León, don Oscar Roa Nonide de fecha 8 de mayo de 2015.

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

Madrid, 14 de julio de 2015.—Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.—Sr. Registrador Mercantil de León.

Resolución de 15 de julio de 2015 (1.ª)

En el expediente 113/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Adade Alzira, S.L.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito de fecha 2 de marzo de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Valencia, en el que tuvo su entrada el día inmediato posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil y como socio de la entidad «Adade Alzira, S.L.», el nombramiento de un auditor que determine el valor real de las participaciones sociales.

Basa su pretensión en las siguientes afirmaciones: 1.º Que sus participaciones (el 40% del capital social), llevan aparejadas prestaciones accesorias. 2.º Que el día 4 de septiembre de 2014 fue cesado como administrador único por el socio mayoritario. 3.º Que ese mismo día notificó a la sociedad su voluntad de dejar de prestar sus servicios a la sociedad desde el día 5 de septiembre de 2014 así como su voluntad de desvincularse. 5.º Que han transcurrido seis meses desde entonces sin que la sociedad haya adoptado iniciativa alguna. 6.º

Que no está conforme con la gestión social que lleva a la quiebra a la sociedad. 7.º Que de acuerdo a los artículos 5, 6 y 8 de los estatutos y a los artículos 350-357 de la Ley de Sociedades de Capital solicita el oportuno informe sobre el valor razonable de las participaciones a fecha 5 de septiembre de 2014 por lo que solicita el nombramiento de perito auditor.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que de la documentación aportada por el solicitante se deduce que no ha existido propuesta a la sociedad ni ha atendido a las que se le han hecho y que lo único evidente es el desacuerdo entre las partes. 2.º Que del artículo 8 de los estatutos sociales resulta que a falta de acuerdo se entenderá por valor razonable el que determine el auditor de cuentas de la sociedad. Que la sociedad ya cuenta con auditor desde el día 1 de diciembre de 2014 y consta inscrito así en el Registro Mercantil, por lo que carece de sentido nombrar uno nuevo. 3.º Que tanto el ICAC como la Dirección General de los Registros y del Notariado han afirmado que existiendo auditor designado no procede el nombramiento de uno nuevo.

III

El registrador mercantil de Valencia núm. III don Carlos Javier Orts Calabuig, requirió al solicitante para que justificase: 1.º acuerdo de exclusión del socio incumplidor conforme al artículo 352 de la Ley de Sociedades de Capital y artículo 5 de los estatutos sociales. 2.º Falta de acuerdo sobre el valor razonable de las participaciones.

Don contestó al requerimiento en los siguientes términos: 1.º Que respecto de la designación de auditor por parte de la sociedad, el órgano de administración lo llevó a cabo sin consenso alguno y eligió a los actuales auditores a su conveniencia. Que consta en la documentación que en la Junta General de 5 de diciembre de 2014 solicitó el nombramiento de auditor ocultándose a esa Junta que hacía dos días que se había llevado a cabo la designación. 2.º Que los actuales auditores tienen por encargo la verificación de las cuentas anuales y no la determinación del valor razonable. Que el artículo 8 de los estatutos está previsto para el supuesto de transmisión de participaciones; que se recoge expresamente que en supuestos de discrepancia la determinación del precio se efectuara por el auditor de la sociedad y si hay contraposición de intereses por el designado por el Registro Mercantil. 3.º Que respecto de su solicitud no se pide el nombramiento de un auditor para verificar las cuentas anuales sino para pedir la determinación del valor razonable de acuerdo al artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital. 4.º Que la Junta General incluyó en el orden del día, a petición del solicitante, en su reunión del 5 de diciembre del 2014 el asunto de su situación. Que como resulta de la copia del acta notarial de la Junta no se pasó a votación del citado acuerdo de exclusión a pesar de sus manifestaciones en contra. 5.º Que en cuanto a la concurrencia de causa de exclusión el artículo de los estatutos recogen claramente que el ejercicio de la actividad debe hacerse de forma personal por el socio; que de la documentación que acompaña resulta con claridad que no ha vuelto a desarrollar actividad alguna para la sociedad. 6.º Que la falta de acuerdo entre los socios se constata desde julio de 2014 y resulta de la documentación aportada. 7.º Que queda acreditada la situación de abuso de posición del socio mayoritario que pretende no abonar importe alguno por el cien por cien de la sociedad. Que se cumplen todos los requisitos exigidos por la legislación.

IV

El registrador mercantil de Valencia núm. III, don Carlos Javier Orts Calabuig dictó Resolución en fecha 30 de abril de 2015 por la que acordó inadmitir la solicitud y desestimar el nombramiento del auditor solicitado por no resultar acreditada ninguna de las causas de separación o exclusión contempladas en la Ley puesto que aunque del acta de Junta celebrada el día 5 de diciembre de 2014 resulta que constaba en el orden del día la referencia a la situación, estudio y resolución sobre las participaciones del solicitante, no se acordó nada al respecto.

V

Don, por escrito de fecha 21 de mayo de 2015, que tuvo entrada el día 26 inmediato posterior en el Registro Mercantil de Valencia, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando el conjunto de argumentos a que se ha hecho referencia anteriormente y añadiendo los siguientes: 1.º Que la sociedad no ha acreditado ni el hecho de haber realizado propuestas de valoración ni el hecho de que no lo haya realizado el solicitante. Que la sociedad en ningún momento ha negado que se esté en causa de exclusión ni que haya discrepancia con el socio. Que conforme a los artículos 354 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil la sociedad solo puede oponerse acreditando que no procede el nombramiento o sino hay legitimación. Que la sociedad ha dejado fuera al socio minoritario mediante una operación acordeón. Que el precepto aplicable es el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital. 2.º Que no se trata de una petición caprichosa sino que hace uso de la previsión legal al encontrarse objetivamente en causa de exclusión. Que no se está solicitando designación al amparo del artículo 346 de la Ley de Sociedades de Capital. Que de los estatutos resulta que el incumplimiento de las prestaciones accesorias conllevara la exclusión del socio lo que no es una previsión estatutaria sino un efecto directo que ha sido probado con la documentación aportada. 3.º Que se dan todos los requisitos para que se proceda al nombramiento. 4.º Que la resolución impugnada desconoce la realidad de los hechos del asunto; que vacía de contenido las previsiones legales y ampara que el socio pierda sus participaciones sin percibir compensación alguna.

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

1. Constituye el objeto de este expediente la determinación si concurren o no los requisitos establecidos en nuestro ordenamiento para que, de acuerdo a los artículos 350 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital, proceda el nombramiento de un auditor de cuentas a los efectos previstos en el artículo 353 de la misma norma en relación al artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil.

Con carácter previo es preciso determinar cual es la previsión legal sobre el objeto de un expediente como el presente.

El objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital prevé para que se acuerde la pertinencia del nombramiento de auditor para los supuestos en él contemplados (a los que el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil asimila otros). La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento 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 muchas).

Consecuentemente, no puede llevarse a cabo ningún pronunciamiento en relación a las cuestiones planteadas por la parte en este expediente y que son ajenas a su naturaleza y objeto; señaladamente la valoración de la conducta de la administración de la sociedad y de las consecuencias jurídicas que de ella se deriven.

2. Establecido lo anterior es evidente que el recurso no puede prosperar pues el recurrente pretende que, en el estrecho ámbito que constituye el objeto de este expediente, este Centro directivo asuma o se irroge unas competencias que no le corresponden a fin de declarar la validez de la situación fáctica planteada así como sus consecuencias jurídicas.

El procedimiento previsto en el artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital, desarrollado normativamente en el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil y en los artículos 350 y siguientes, se incardina en un procedimiento privado, el previsto en el artículo 352 de la Ley de Sociedades de Capital, que exige como paso previo la existencia de un acuerdo social de exclusión. Así lo dice expresamente la Ley: «La exclusión requerirá acuerdo de la junta general».

Consecuentemente no cabe proceder al nombramiento de auditor a que se refiere la solicitud en tanto no se acredite la concurrencia de dicha circunstancia por implicar un requisito legal ineludible.

3. Los argumentos del recurrente no pueden enervar la conclusión anterior porque, como queda dicho, no es competencia de esta Dirección General su apreciación ni la valoración de la conducta de la administración social, ni la atribución de consecuencias jurídicas todo lo cual deberá ser, en su caso, determinado en el procedimiento judicial que corresponda (*vide* arts. 204 y 241 de la Ley de Sociedades de Capital).

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Valencia núm. III, don Carlos Javier Orts Calabuig de fecha 30 de abril de 2015.

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

Madrid, 15 de julio de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.–Sr. Registrador Mercantil núm. III de Valencia.

Resolución de 15 de julio de 2015 (2.ª)

En el expediente 114/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Lualpi Inversiones, S.L.».

HECHOS

I

Don como administrador de la sociedad «Eremos 10, S.L.», presentó un escrito de fecha 23 de marzo de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 27 inmediato posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular su representada de más del 5% del capital social de «Lualpi Inversiones, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que los consejeros delegados de la sociedad acordaron con la firma «Capital Auditores, S.L.P.», la realización de la auditoría del ejercicio 2014 en fecha 18 de diciembre de ese año por lo que carece de sentido el nombramiento de un nuevo auditor. Que finalizado el informe se pondrá a disposición del socio solicitante lo que ocurrirá el día 30 de abril según el escrito de la sociedad auditora que se acompaña.

III

El registrador mercantil de Madrid requirió a la sociedad para que aportase prueba de la fecha de encargo a la sociedad de auditoría así como de su aceptación debiendo proceder en

su caso a solicitar la inscripción en el Registro Mercantil, acreditar la entrega de informe al socio o bien incorporarlo al expediente.

La sociedad respondió aportando el informe de auditoría de la sociedad correspondiente al ejercicio 2014 y fechado el día 28 de abril de 2015.

IV

El registrador mercantil de Madrid núm. X, don Jesús González y Salinas dictó Resolución en fecha 8 de mayo de 2015 por la que acordó admitir la oposición y desestimar el nombramiento del auditor solicitado.

V

Don, por escrito de fecha 25 de mayo de 2015, que tuvo entrada el día 29 siguiente 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 no existe fehaciencia que el encargo a la empresa auditora fuese el día 18 de diciembre de 2014 pues del escrito de manifestaciones de la sociedad fechado el día 17 de abril de 2015 no puede deducirse aquella. Que la designación hecha por los consejeros delegados debería haber sido adoptada por el Consejo dada su trascendencia. Que la sociedad que representa tiene dos miembros en el Consejo y ninguno de ellos tuvo constancia del nombramiento de auditor. 2.º Que las dificultades planteadas dentro del Consejo a los consejeros de la sociedad «Eremos 10, S.L.», para conocer las cuentas del 2014 están en el origen de su solicitud; que en ninguna reunión del Consejo ni de la Junta de 2014 se hizo la mínima mención al nombramiento de auditor como tampoco en la reunión del Consejo de marzo de 2015. Que la empresa auditora no ha certificado ni acreditado el encargo en fecha fehaciente. Que la sociedad auditora es también la encargada de auditar a «Edhinor, S.A.», empresa participada al 99% por «Lualpi Inversiones, S.L.», por lo que su independencia puede estar comprometida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. El recurso no puede prosperar porque el efecto que de ello resultaría es incompatible con la doctrina de nuestro Tribunal Supremo y de esta Dirección General.

De forma reiteradísima (Resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012 y 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, entre otras muchas), este Centro Directivo ha mantenido que la finalidad del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital es la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la

estructura empresarial, para lo cual dicho artículo reconoce y regula el derecho a la verificación de la contabilidad social por un profesional independiente nombrado por el Registrador Mercantil a instancia de los socios que reúnan un mínimo de participaciones sociales o acciones equivalentes al 5% del capital social y siempre que presenten su solicitud en los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social.

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

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

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

la entrega al socio del referido informe o bien mediante su incorporación al expediente.

2. En el supuesto de hecho que da lugar a la presente concurren dichas circunstancias pues el nombramiento es anterior a la solicitud del socio y la sociedad ha entregado al registrador mercantil para que forme parte del expediente el informe de verificación.

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

3. Tampoco puede tenerse en cuentas las alegaciones del escrito en relación a la competencia de los consejeros delegados para realizar el nombramiento o el hecho de que dicha circunstancia fuese desconocida para la sociedad solicitante.

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

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

4. Tampoco puede estimarse el motivo que hace referencia a la posible falta de independencia del auditor designado. La legislación de auditoría establece que los auditores, en el ejercicio de su función, están sujetos al sistema de supervisión pública y control de su actividad, labor que la propia Ley encomienda al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (arts. 27 y 28 de Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas). Entre sus competencias se encuentra no solo el control de calidad de las actividades ejercidas por los auditores sino también las de control de la actividad de auditoría de cuentas y el ejercicio de la potestad disciplinaria. A tal efecto y en la materia concreta que nos ocupa los auditores están sujetos a un régimen severo de incompatibilidades (*vide* arts. 13 y siguientes de su Ley reguladora), cuyo incumplimiento está tipificado como falta administrativa muy grave o grave (*vide* arts. 33 y 34 de la Ley).

La objetividad, imparcialidad e independencia del auditor de cuentas son principios vertebradores de la actividad auditora y quedan salvaguardados por la Ley de Auditoría de Cuentas así como por su Reglamento de Ejecución y las Normas Técnicas de Auditoría. El artículo 11 de la Ley de Auditoría encomienda a los propios auditores el deber de abstenerse en los supuestos en que puedan incurrir en causa de incompatibilidad atribuyendo al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas la competencia de velar por el adecuado cumplimiento del deber de independencia, así como de valorar en cada trabajo concreto la posible falta de independencia de un auditor de cuentas o sociedad de auditoría.

Si los interesados creen vulnerados dichos principios siempre podrán ejercitar las acciones administrativas de responsabilidad disciplinaria ante el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas o bien las acciones civiles o, incluso, penales pertinentes ante la jurisdicción competente pero esta Dirección General de los Registros y del Notariado no puede llevar a cabo un pronunciamiento sobre una cuestión sobre la que carece de competencia.

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

aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas). Procede en consecuencia la desestimación del recurso.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid núm. X, don Jesús González y Salinas de fecha 8 de mayo de 2015.

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

Madrid, 15 de julio de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.–Sr. Registrador Mercantil núm. X de Madrid.

Resolución de 15 de julio de 2015 (3.ª)

En el expediente 115/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de socias de «Recreativos Alarona, S.L.».

HECHOS

I

Doña, en su propio interés y en el de sus hijas menores de edad, doña..... y doña..... presentó un escrito de fecha 26 de febrero de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, en el que tuvo su entrada el día inmediato siguiente, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular la solicitante y cada una de las representadas de más del 5% del capital social de «Recreativos Alarona, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014, así como que se nombre a la misma persona para la auditoría del mismo ejercicio de otras dos sociedades.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que el día 25 de marzo de 2015 se cursó convocatoria de Junta en cuyo orden del día constaba el nombramiento de auditor. 2.º Que si la sociedad ha previsto el nombramiento de un auditor queda sin razón la norma especial que otorga ese derecho al socio minoritario.

III

La registradora mercantil de Barcelona núm. I, doña Dolores Fernández Ibáñez dictó Resolución en fecha 20 de abril de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado con la advertencia de que no procede el nombramiento de un único auditor para las tres sociedades de que se solicita por ser reglado el procedimiento establecido en el Reglamento del Registro Mercantil.

IV

Don, por escrito de fecha 21 de mayo de 2015, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Barcelona, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: 1.º Que en fecha 25 de marzo de 2015 se remitió mediante carta certificada convocatoria de Junta en cuyo orden del día constaba la designación de auditores; que dos días después se presenta la instancia de los socios; que el día 29 de abril de 2015 se acordó por la Junta la designación de auditor para la verificación de las cuentas de 2014. Que el derecho potestativo del socio minoritario tiene que tener causa que lo justifique como resulta del artículo 266 de la Ley de Sociedades de Capital; que la aseveración de que las socias no han recibido información de la sociedad no responde a la realidad; que no ha sido hasta el día 2 de febrero de 2015 cuando las solicitantes han devenido socias de la compañía pese a lo cual se atendió sus solicitudes de información; que en definitiva no hay justa causa en la petición y obedece a motivos torticeros. 2.º Que nombrado auditor por la Junta General en la que votó en contra la solicitante queda sin razón la norma que concede ese derecho a la minoritaria.

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.

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

Al respecto cabe señalar que el artículo 354.3 del Reglamento del Registro Mercantil dispone taxativamente que la decisión del registrador Mercantil declarando la procedencia o improcedencia del nombramiento podrá recurrirse en alzada ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en el plazo de quince días, comenzando el cómputo de dicho plazo a partir del día siguiente a la notificación de la resolución. En el caso presente, consta en el expediente que la notificación de la resolución de 20 de abril de 2015 de la registradora mercantil de Barcelona, se recibió el día 29 de abril, como reconoce el propio escrito de recurso, mientras que el recurso de alzada que hoy se resuelve se presentó en el Registro Mercantil el día 21 de mayo de 2015; es

decir, una vez vencido el plazo de quince días para su interposición, vencimiento que tuvo lugar el día 18 de mayo del mismo año.

Resultando que la resolución que se pretende impugnar alcanzó en dicha fecha el estado de firmeza (*vide* arts. 48 y 115.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común), no cabe sino inadmitir el presente recurso de alzada.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado inadmitir el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil Barcelona núm. I, doña Dolores Fernández Ibáñez de fecha 20 de abril de 2015.

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

Madrid, 15 de julio de 2015.-El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo. Sra. registradora Mercantil núm. I de Barcelona.

Resolución de 15 de julio de 2015 (4.^a)

En el expediente 116/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de socias de «Llac-Pro, S.L.».

HECHOS

I

Doña, en su propio interés y en el de sus hijas menores de edad, doña..... y doña....., presentó un escrito de fecha 26 de febrero de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, en el que tuvo su entrada el día inmediato siguiente, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular la solicitante y cada una de las representadas de más del 5% del capital social de «Llac-Pro, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014, así como que se nombre a la misma persona para la auditoría del mismo ejercicio de otras dos sociedades.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que el día 25 de marzo de 2015 se cursó convocatoria de Junta en cuyo orden del día constaba el nombramiento de auditor. 2.º Que si la sociedad ha previsto el nombramiento de un auditor queda sin razón la norma especial que otorga ese derecho al socio minoritario.

III

El registrador mercantil de Barcelona núm. XVII, don Fernando de la Puente de Alfaro dictó Resolución en fecha 20 de abril de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado con la advertencia de que no procede el nombramiento de un único auditor para las tres sociedades de que se solicita por ser reglado el procedimiento establecido en el Reglamento del Registro Mercantil.

IV

Don, por escrito de fecha 21 de mayo de 2015, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Barcelona, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: 1.º Que en fecha 25 de marzo de 2015 se remitió mediante carta certificada convocatoria de Junta en cuyo orden del día constaba la designación de auditores; que dos días después se presenta la instancia de los socios; que el día 29 de abril de 2015 se acordó por la Junta la designación de auditor para la verificación de las cuentas de 2014. Que el derecho potestativo del socio minoritario tiene que tener causa que lo justifique como resulta del artículo 266 de la Ley de Sociedades de Capital; que la aseveración de que las socias no han recibido información de la sociedad no responde a la realidad; que no ha sido hasta el día 2 de febrero de 2015 cuando las solicitantes han devenido socias de la compañía pese a lo cual se atendió sus solicitudes de información; que en definitiva no hay justa causa en la petición y obedece a motivos torticeros. 2.º Que nombrado auditor por la Junta General en la que votó en contra la solicitante queda sin razón la norma que concede ese derecho a la minoritaria.

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.

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

Al respecto cabe señalar que el artículo 354.3 del Reglamento del Registro Mercantil dispone taxativamente que la decisión del registrador Mercantil declarando la procedencia o improcedencia del nombramiento podrá recu-

rirse en alzada ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en el plazo de quince días, comenzando el computo de dicho plazo a partir del día siguiente a la notificación de la resolución. En el caso presente, consta en el expediente que la notificación de la resolución de 20 de abril de 2015 del registrador mercantil de Barcelona núm. 17, se recibió el día 29 de abril, como reconoce el propio escrito de recurso, mientras que el recurso de alzada que hoy se resuelve se presentó en el Registro Mercantil el día 21 de mayo de 2015; es decir, una vez vencido el plazo de quince días para su interposición, vencimiento que tuvo lugar el día 18 de mayo del mismo año.

Resultando que la resolución que se pretende impugnar alcanzó en dicha fecha el estado de firmeza (*vide* arts. 48 y 115.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común), no cabe sino inadmitir el presente recurso de alzada.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado inadmitir el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Barcelona núm. XVII, don Fernando de la Puente de Alfaro de fecha 20 de abril de 2015.

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

Madrid, 15 de julio de 2015.—Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.—Sr. Registrador Mercantil núm. XVII de Barcelona.

Resolución de 15 de julio de 2015 (5.ª)

En el expediente 123 /2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Mantenimiento Industrial Solme, S.A.L.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito dirigido al Registro Mercantil de Burgos, en el que tuvo su entrada el día 1 de abril de 2015, si bien consta en el mismo sello de imposición de la Oficina de Correos de Miranda de Ebro de fecha 30 de marzo de 2015, 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 «Mantenimiento Industrial Solme, S.A.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad no se opuso a la pretensión del socio.

III

El registrador mercantil de Burgos, don Ramón Vicente Modesto Caballero dictó Resolución en fecha 24 de abril de 2015 por la que acordó proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don, don José y don, como administradores mancomunados de la sociedad, por escrito de fecha 5 de mayo de 2015, que tuvo entrada el día inmediato posterior en el Registro Mercantil de Burgos, interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, alegando: 1.º Que para el día 29 de diciembre de 2015 (sic) se convocó Junta a celebrar en determinada notaría y en cuyo orden del día constaba la designación de auditor para los ejercicios 2014-2016. El socio instante no compareció pero si lo hizo el representante de la firma de auditoría Carlos Miguélez & Co que había auditado las cuentas de 2013 a solicitud del mismo socio minoritario. Ante la ausencia del disidente los presentes acordaron prorrogar el encargo de auditoría para el ejercicio 2014 lo que fue aceptado por el auditor. 2.º Los trabajos de auditoría comenzaron en marzo y está previsto finalizarlos en mayo por lo que se procedería a depositarlo en el Registro Mercantil por lo que solicitan en su caso, que se nombre a los mismos auditores.

V

El socio instante presentó escrito de fecha 22 de mayo de 2015 que tuvo su entrada en el Registro Mercantil el día 28 siguiente en el que puso de manifiesto que: 1.º Que no tiene conocimiento de las cuentas supuestamente auditadas. 2.º Que no se ha realizado ninguna convocatoria para la designación de auditor. 3.º Que reúne los requisitos del artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital. 4.º Que el registrador mercantil está sujeto a un sistema tasado de nombramiento de auditor por lo que no procede el nombramiento de uno determinado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. El recurso no puede prosperar pues la sociedad recurrente no ha acreditado ninguna de las circunstancias en las que basa su recurso. Como resulta del artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil la sociedad puede oponerse a la solicitud bien porque presente prueba documental de que no procede la designación bien porque niegue la legitimación al solicitante.

Ciertamente es doctrina reiterada de esta Dirección que de existir un auditor previamente nombrado por la sociedad para la verificación de las cuentas anuales correspondientes al mismo ejercicio al que se refiere la solicitud, carece de justificación la designación de otro distinto siempre que se asegure que el interés protegido quede debidamente salvaguardado (*vide* resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012 y 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, entre otras muchas).

En el expediente que da lugar a la presente la sociedad afirma la existencia de un nombramiento previo a la solicitud del socio minoritario pero no ha presentado prueba documental alguna ni de la existencia del nombramiento, ni de la aceptación, ni de la prórroga alegada de un nombramiento anterior ni de que los trabajos de auditoría se estén efectivamente llevando a cabo. Procede en consecuencia la desestimación del recurso.

2. Tampoco puede estimarse la pretensión de que el auditor designado sea precisamente el que señala la sociedad. Es doctrina reiterada de esta Dirección (*vide* resoluciones 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 auditor 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 ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Burgos, don Ramón Vicente Modesto Caballero de fecha 24 de abril de 2015.

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

Madrid, 15 de julio de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador Mercantil de Burgos.

Resolución de 17 de julio de 2015

En el expediente 117/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de socias de «Recreativos Llacuna, S.L.».

HECHOS

I

Doña, en su propio interés y en el de sus hijas menores de edad, doña y doña, Barbena presentó un escrito de fecha 26 de febrero de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, en el que tuvo su entrada el día inmediato siguiente, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular la solicitante y cada una de las representadas de más del 5% del capital social de «Recreativos Llacuna, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014, así como que se nombre a la misma persona para la auditoría del mismo ejercicio de otras dos sociedades.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que el día 25 de marzo de 2015 se cursó convocatoria de Junta en cuyo orden del día constaba el nombramiento de auditor. 2.º Que si la sociedad ha previsto el nombramiento de un auditor queda sin razón la norma especial que otorga ese derecho al socio minoritario.

III

El registrador mercantil de Barcelona núm. XVI, don Francisco Javier González del Valle García dictó Resolución en fecha 20 de abril de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado con la advertencia de que no procede el nombramiento de un único auditor para las tres sociedades de que se solicita por ser reglado el procedimiento establecido en el Reglamento del Registro Mercantil.

IV

Don, por escrito de fecha 21 de mayo de 2015, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Barcelona, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: 1.º Que en fecha 25 de marzo de 2015 se remitió mediante carta certificada convocatoria de Junta en cuyo orden del día constaba la designación de auditores; que dos días después se presenta la instancia de los socios; que el día 29 de abril de 2015 se acordó por la Junta la designación de auditor para la verificación de las cuentas de 2014. Que el derecho potestativo del socio minoritario tiene que tener causa que lo justifique como resulta del artículo 266 de la Ley de Sociedades de Capital; que la aseveración de que las socias no han recibido

información de la sociedad no responde a la realidad; que no ha sido hasta el día 2 de febrero de 2015 cuando las solicitantes han devenido socias de la compañía pese a lo cual se atendió sus solicitudes de información; que en definitiva no hay justa causa en la petición y obedece a motivos torticeros. 2.º Que nombrado auditor por la Junta General en la que votó en contra la solicitante queda sin razón la norma que concede ese derecho a la minoritaria.

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.

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

Al respecto cabe señalar que el artículo 354.3 del Reglamento del Registro Mercantil dispone taxativamente que la decisión del registrador Mercantil declarando la procedencia o improcedencia del nombramiento podrá recurrirse en alzada ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en el plazo de quince días, comenzando el cómputo de dicho plazo a partir del día siguiente a la notificación de la resolución. En el caso presente, consta en el expediente que la notificación de la resolución de 20 de abril de 2015 del registrador mercantil de Barcelona núm. 16, se recibió el día 29 de abril, como reconoce el propio escrito de recurso, mientras que el recurso de alzada que hoy se resuelve se presentó en el Registro Mercantil el día 21 de mayo de 2015; es decir, una vez vencido el plazo de quince días para su interposición, vencimiento que tuvo lugar el día 18 de mayo del mismo año.

Resultando que la resolución que se pretende impugnar alcanzó en dicha fecha el estado de firmeza (*vide* arts. 48 y 115.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común), no cabe sino inadmitir el presente recurso de alzada.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado inadmitir el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Barcelona núm. XVI, don Francisco Javier González del Valle García de fecha 20 de abril de 2015.

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

a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 17 de julio de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador Mercantil núm. XVII de Barcelona.

Resolución de 20 de julio de 2015 (1.^a)

En el expediente 43/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Horus Editorial, S.L.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, en el que tuvo su entrada el 28 de enero de 2015, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y como socio fundador de «Horus Editorial, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad no formuló oposición.

III

El registrador mercantil de Barcelona, don Francisco Javier González del Valle García dictó Resolución en fecha 6 de marzo de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Doña, por escrito de fecha 27 de marzo de 2015, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Barcelona, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución en base a los siguientes argumentos: 1.º La sociedad recurrente no se opuso a la solicitud de nombramiento de auditor porque nunca recibió notificación alguna al respecto, siendo posible que la notificación se extraviara pues la sociedad está domiciliada en un centro de negocios en el que están domiciliadas cientos de empresas. 2.º No existe motivo para la designación ya que el Sr. justifica la solicitud en haber pedido información a los socios durante los meses pasados, cuando en realidad nunca ha pedido formalmente información a la administradora de la compañía. Nunca se ha ocultado dato o

información a ningún socio. El Sr. expuso como motivo de la petición haberle sido bloqueado el mail de la empresa, cuando se trató de un problema técnico informático. 3.º «Horus Editorial, S.L.», convocará en los próximos 30 días reunión para la aprobación de las cuentas del ejercicio 2014 en la que el Sr. Manyé tendrá la oportunidad de conocer la situación contable y económica.

V

Mediante escrito de fecha 26 de mayo de 2015 con entrada en el Registro Mercantil de Barcelona de día 28 de mayo de 2015 y en esta Dirección General el día 12 de junio inmediato posterior, don desiste de la solicitud de nombramiento de auditor presentada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 90 y 91 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, así como las resoluciones citadas en el texto.

Esta Dirección General ha resuelto aceptar de plano el desistimiento presentado por don, solicitante de la auditoría de las cuentas anuales, correspondientes al ejercicio 2014 para la sociedad «Horus Editorial, S.L.» y declarar concluso el procedimiento iniciado a su instancia al no existir interés protegible que imponga su continuación.

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

Madrid, 20 de julio de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállico.–Sr. Registrador Mercantil núm. XVI de Barcelona.

Resolución de 20 de julio de 2015 (2.ª)

En el expediente 68/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Frem Química, S.L.».

HECHOS

I

Doña, presentó un escrito de fecha 18 de marzo de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Granada, en el que tuvo su entrada el 27 de marzo de 2015, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Frem Química, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Solicitud extemporánea. 2.º Falta de legitimación de la solicitante al ser coheredera en una partición que se halla es sede judicial.

III

El registrador mercantil de Granada, don José Angel García-Valdecasas Butrón dictó Resolución en fecha 15 de abril de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don, en nombre y representación de «Frem Química, S.L.», como administrador único, presentó un escrito de fecha 4 de mayo de 2015, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Granada, mediante el cual interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución en base a los siguientes argumentos: 1.º) Es innecesario y económicamente injustificado puesto que la sociedad ofrece para el ejercicio 2014 informe realizado por un economista profesional habilitado, nombrado por el administrador. 2.º) Solicitud extemporánea. 3.º) Falta de legitimación de la solicitante por haberlas adquirido por herencia aceptada pendiente de partición. Por lo tanto la solicitante no es ni propietaria ni copropietaria de participaciones sociales. Se trata de una herencia yacente o comunidad hereditaria formada por tres hermanos. Es necesario acuerdo de los integrantes de la comunidad hereditaria para designar un representante que pueda ejercer los derechos derivados de la titularidad de las participaciones sociales. Uso fraudulento del derecho regulado en el artículo 265.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital con vulneración de lo dispuesto en el artículo 398 del Código Civil que exige el acuerdo de la mayoría de los partícipes para la administración de los bienes comunes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

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

1. No puede prosperar como fundamento hábil para revocar la resolución recurrida la primera causa de recurso invocada por la recurrente consistente en que es innecesario y económicamente injustificado el nombramiento de auditor por el Registrador Mercantil puesto que la sociedad ofrece para el mismo ejercicio un informe realizado por un economista nombrado por el administrador. El artículo 265.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, que reconoce el derecho del socio minoritario cuando se cumplan los requisitos legales a solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de auditor para que verifique las cuentas del ejercicio contable anterior, implica que los gastos de auditoría corren siempre a cargo de la sociedad cuya auditoría se pretende, sin que exista excepción alguna. Por lo tanto no puede ser estimado el argumento de que es económicamente injustificado puesto que dicho gasto derivado de la auditoría es consecuencia del ejercicio de un derecho regulado en el ordenamiento jurídico (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de agosto de 2012).

2. Del mismo modo debe ser desestimada la segunda de las razones aducidas en el escrito de recurso relativa a que la solicitud de nombramiento de auditor es extemporánea. El ya citado artículo 265.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital permite a los socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social solicitar al Registrador Mercantil del domicilio social que, con cargo a la sociedad, nombre un auditor de cuentas para que efectúe la revisión de las cuentas anuales de un determinado ejercicio siempre que no hubieran transcurrido tres meses desde la fecha de cierre de dicho ejercicio. Del expediente resulta que la solicitud tuvo entrada en el Registro Mercantil de Granada el 27 de marzo de 2015, y teniendo en cuenta que el ejercicio social de la entidad «Frem Química, S.L.», cierra el 31 de diciembre la solicitud claramente se ha interpuesto dentro de plazo.

3. Antes de entrar en el estudio de la última de las alegaciones esgrimidas por la sociedad recurrente como fundamento de su pretensión es preciso aclarar que, atendiendo al caso concreto, abierta una sucesión como consecuencia del fallecimiento del causante y habiendo sido ésta aceptada por los llamados a la misma, existe una comunidad hereditaria en tanto no se produzca la partición (657 y 1068 del código Civil). Por lo tanto, la solicitante, ni ninguno de los restantes partícipes de la comunidad hereditaria, puede atribuirse el ejercicio de los derechos derivados de esas participaciones sociales, salvo que haya sido nombrado representante de la copropiedad regulado en el artículo 126 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, lo que no ha ocurrido en el presente caso. El citado precepto, en consonancia con el principio de indivisibilidad de las participaciones sociales, establece que «en caso de copropiedad sobre una o varias participaciones o acciones, los copropietarios habrán de designar una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio, y responderán solidariamente frente a la sociedad de cuantas obliga-

ciones se deriven de esta condición. La misma regla se aplicará a los demás supuestos de cotitularidad de derechos sobre participaciones o acciones». Del mismo resulta la exigencia, en casos de copropiedad de participaciones sociales, de que sea uno solo de los copropietarios el que represente a la comunidad en sus relaciones externas con la sociedad. Las posibles deficiencias de funcionamiento que pudieran existir en las relaciones internas o la imposibilidad de llegar a acuerdos sobre el ejercicio de derechos sociales deberán plantearse y resolverse en sede judicial (392 a 406 del Código Civil).

En su virtud, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Granada, don José Ángel García-Valdecasas Butrón, de fecha 15 de abril de 2015.

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

Madrid, 20 de julio de 2015.—Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállico.—Sr. Registrador Mercantil de Granada.

Resolución de 20 de julio de 2015 (3.ª)

En el expediente 72/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Inqua, S.L.».

HECHOS

I

Don, actuando en nombre y representación, como Presidente, del Colegio de Aparejadores, Arquitectos Técnicos e Ingenieros de la Edificación de Tarragona, presentó el día 16 de marzo de 2015 en la Oficina de Correos de Tarragona un escrito, de fecha 15 de marzo de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Lleida, en el que tuvo su entrada el 18 de marzo de 2015, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y como titular de más del 5% del capital social de «Inqua, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que en Junta General de 26 de noviembre de 2014 se acordó el nombramiento voluntario de auditor para que verificara las cuentas del ejercicio 2014.

III

La registradora mercantil de Lleida, doña Carmen Rosich Romeu dictó Resolución en fecha 14 de abril de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don, por escrito de fecha 7 de mayo de 2015, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Lleida, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: 1.º Haberse acordado, entre otros asuntos, en Junta General celebrada el día 26 de noviembre de 2014 nombramiento voluntario de auditor para que verifique las cuentas correspondientes al ejercicio 2014. 2.º Próxima convocatoria de Junta General y entrega de los documentos, entre ellos el informe de auditoría al socio minoritario (un ejemplar del cual se acompaña).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. Se plantea nuevamente en este expediente la cuestión de cuándo y en qué condiciones el nombramiento voluntario de auditor de cuentas efectuado por la sociedad puede enervar el derecho del socio minoritario. Al respecto este Centro Directivo ha mantenido que la finalidad de la solicitud regulada en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital es la de reforzar la posición dentro de la estructura empresarial de los socios minoritarios, para lo cual dicho artículo reconoce y regula el derecho a la verificación de la contabilidad social por un profesional independiente nombrado por el Registrador Mercantil a instancia de los socios que reúnan un mínimo de participaciones sociales o acciones equivalentes al 5% del capital social y siempre que presenten su solicitud en los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social.

Este Centro Directivo también ha reconocido desde antiguo el hecho de que, dados los principios de objetividad, independencia e imparcialidad que

presiden la actividad auditora, no frustra el derecho del socio el origen del nombramiento ya sea éste judicial, voluntario o registral, es decir, acordado por la administración de la sociedad –en los casos en que ésta pueda presentar balance abreviado– puesto que el auditor, como profesional independiente, inscrito en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas, ha de realizar su actividad conforme a las normas legales, reglamentarias y técnicas que regulan la actividad auditora.

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable tradicionalmente se ha exigido el cumplimiento dos condiciones concurrentes: a) Que sea anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la instancia del socio minoritario solicitando el nombramiento registral de auditor. b) Que se garantice el derecho del socio al informe de auditoría, lo que solo puede lograrse mediante la inscripción del nombramiento, mediante la entrega al socio del referido informe o bien mediante su incorporación al expediente. No entenderlo así significaría convertir en regla general, en contra de la voluntad de la Ley, lo que únicamente constituye causa de oposición y dejar en manos de la sociedad el cumplimiento de su obligación de realizar y entregar la auditoría a los socios minoritarios.

2. En el supuesto analizado, en cuanto al primero de los requisitos exigidos, es cierto que la fecha fehaciente de la aceptación del auditor nombrado es de fecha posterior a la presentación de la solicitud por la sociedad minoritaria. No obstante, de una valoración conjunta de las pruebas se llega a la conclusión de que el nombramiento sí fue previo a la solicitud presentada por el interesado y en concreto ello se deduce de los siguientes hechos: 1.º) Ya en fecha 26 de noviembre de 2014 se autorizó por el Notario de Lleida don Pablo Gómez Clavería, número 2973 de protocolo, acta de presencia en la Junta General de la mercantil «Inqua, S.L.» en la que se acordaba nombramiento voluntario de auditor para que verificara las cuentas correspondientes al ejercicio 2014 a don Joan Carles Donés Menal y como sustituto a «Obiols y Bellart auditores, Sociedad Limitada Profesional» 2.º) Que el documento en que consta la aceptación del auditor está fechado el 1 de diciembre de 2014 sin que exista causa alguna que permita dudar de su veracidad, si bien es cierto que la legitimación de la firma es de fecha 2 de abril de 2015. 3.º) La circunstancia de haber presentado dicha acta en el Registro Mercantil de Lleida el 16 de diciembre de 2014, la cual fue calificada negativamente. 4.º) Que el 2 de abril de 2015 se volvió a presentar la documentación subsanando los defectos de que adolecía, aunque se inscribió parcialmente suspendiéndose en cuanto al nombramiento de auditor por haberse solicitado por socio minoritario el nombramiento de auditor de cuentas para la verificación de las cuentas correspondientes a dicho ejercicio 2014, por haberse presentado la instancia el 18 de marzo de 2015.

Es doctrina de esta Dirección que si al tiempo de abrir el expediente de designación de auditor consta presentado un documento del que resulta la

designación de auditor voluntario por la sociedad lo correcto es suspender la tramitación del expediente por cuanto del propio Registro resulta una indeterminación sobre la situación fáctica que determina la concurrencia de la legitimación del solicitante. Producida la inscripción o la caducidad del asiento de presentación y despejada la incertidumbre es cuando procede el pronunciamiento del registrador de acuerdo con el contenido del Registro.

3. Por lo que respecta a la segunda de las exigencias requeridas para que el nombramiento voluntario de auditor enerve el derecho del socio a solicitar el nombramiento de auditor conforme al artículo 265.2 del texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, esto es que se garantice el derecho del socio al informe de auditoría mediante la inscripción del nombramiento, la entrega al socio del referido informe o bien mediante su incorporación al expediente, igualmente debe ser apreciado ya que se incorpora al expediente el informe de auditoría de cuentas formulado por don Joan Charles Dones Metal de fecha 30 de abril de 2015. De todo lo expuesto resulta que el nombramiento voluntario de auditor para que verifique las cuentas correspondientes al ejercicio 2014 realizado por la sociedad «Inqua, S.L.» frustra el derecho que corresponde al socio minoritario reconocido en el artículo 265.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la resolución de la registradora mercantil de Lleida, doña Carmen Rosich Romeu, de fecha 14 de abril de 2015.

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

Madrid, 20 de julio de 2015.-El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo. Sra. registradora Mercantil de Lleida.

Resolución de 22 de julio de 2015 (1.ª)

En el expediente 90/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Imagiaofficina, S.L.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito de fecha 31 de marzo de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Imagiaoficina, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la solicitud es abusiva y refleja la mala fe del solicitante que ha sido administrador durante todo el ejercicio 2014; que las cuentas se han realizado en función de la contabilidad que el mismo ha elaborado. 2.º Que el solicitante no tiene el mínimo de capital requerido por cuanto se ha producido un aumento de capital del que así resulta en Junta de fecha 27 de febrero de 2015, conforme a la escritura autorizada el día 18 de marzo de 2015, pendiente de inscripción.

III

El registrador mercantil de Madrid núm. III, don Jorge Salazar García dictó Resolución en fecha 28 de abril de 2015 por la que acordó admitir la oposición y desestimar el nombramiento del auditor solicitado en los términos siguientes:

1.º Que en cuanto al aumento de capital que dejaría disminuida la participación del solicitante por debajo del mínimo legal, se suspende la resolución definitiva en tanto no venza el asiento de presentación en el Registro Mercantil.

2.º Que en cuanto a la condición de administrador solidario del solicitante durante el ejercicio 2014 se acepta la oposición.

3.º Que en cuanto a la mala fe y abuso de derecho del solicitante no procede pronunciarse al ser de competencia jurisdiccional.

IV

Don, por escrito de fecha 22 de mayo de 2015, que tuvo entrada el mismo día en el Ministerio de Justicia desde el que se dio al Registro Mercantil de Madrid, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución. El Registro Mercantil de Madrid remite a esta Dirección General el expediente completo teniendo entrada en esta dependencia el día 16 de junio de 2015. El recurso se articula en base a los siguientes argumentos: 1.º Que el solicitante ha presentado demanda de impugnación del acuerdo de aumento de capital por el que se reduce su participación en el capital de la sociedad por lo que es preciso suspender el procedimiento hasta que recaiga sentencia definitiva. Acompaña a su escrito de recurso copia de la primera página de la demanda interpuesta ante el juzgado de lo mercantil de Madrid sin que de la misma resulte a qué acuerdo se refiere la impugnación. 2.º Que el solicitante dimitió de su cargo de administrador el día 26 de febrero

de 2015 por lo que no está habilitado para formular las cuentas de 2014; que el solicitante era administrador de derecho pero no de hecho de la sociedad circunstancia que no le exime de haber designado auditor; sin embargo lo que solicita lo hace en su condición de socio al haber surgido el conflicto con posterioridad a su renuncia. 3.º Que coincide con el registrador mercantil en lo que se refiere a la apreciación de la mala fe y abuso de derecho que le imputa la sociedad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. Limitado por el escrito de recurso el objeto de este expediente a las dos primeras cuestiones planteadas por la resolución del registrador mercantil, conviene resolverlas en el orden inverso al que se han formulado.

El primer motivo de recurso hace referencia a la legitimación del solicitante cuestión sobre la que no decide la resolución impugnada al estar pendiente de despacho la escritura de ampliación de capital de cuyo contenido resultaría la disminución de la participación en el capital del solicitante por debajo del mínimo requerido en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. El recurrente en realidad no ataca esta causa de oposición de la sociedad sino que afirma que debe suspenderse la decisión al respecto en tanto no recaiga sentencia firme en la demanda que ha presentado al respecto.

Ciertamente 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), que procede la suspensión del procedimiento cuando, con anterioridad a la presentación de la instancia del socio en el Registro Mercantil solicitando la auditoría, se está discutiendo en vía judicial su legitimación, bien porque se discuta su condición de socio, bien porque se discuta el porcentaje de participación en el capital social, bien para discutir si el solicitante es titular de participaciones concretas o bien de un porcentaje sobre un conjunto de ellas. Es igualmente cierto que la doctrina anterior se refiere a la presentación con anterioridad de la demanda pero lo relevante es que 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.

En el supuesto que da lugar a la presente el recurrente se ha limitado a presentar junto a su escrito de recurso la primera página de un escrito de demanda dirigido al Juzgado de lo mercantil del que no resulta su objeto ni, lo que resulta más trascendente, el decreto o auto de admisión (arts. 403 y 404 de

la Ley de Enjuiciamiento Civil). El motivo debe ser en consecuencia desestimado sin perjuicio de que, como resulta de la resolución impugnada y de lo que ahora se dirá, dicha circunstancia es en realidad intrascendente a los efectos de la presente.

2. Procede la confirmación de la resolución de conformidad con la reiterada doctrina de esta Dirección General al haber ostentado el recurrente la condición de administrador solidario durante todo el ejercicio respecto del que solicita el nombramiento de auditor.

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

Así será cuando el socio haya gestionado en exclusiva los asuntos sociales o haya ejercido la administración con carácter solidario, porque en ambos casos habría podido contratar por sí mismo los servicios de un auditor ajeno a la empresa si lo hubiera creído conveniente en ejercicio de su competencia de gestión de la sociedad, lo que no habría podido hacer si la administración fuera mancomunada o colegiada, dado que habría tenido que contar con el consentimiento de los demás (Resoluciones de 27 de mayo de 2007, 3 de septiembre de 2008, 1 de septiembre de 2011 y 12 de septiembre de 2012, 4, 5, 17 y 18 de septiembre y 2 de diciembre de 2014 entre otras).

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid núm. III, don Jorge Salazar García de fecha 28 de abril de 2015.

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

Madrid, 22 de julio de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.–Sr. Registrador Mercantil núm. III de Madrid.

Resolución de 22 de julio de 2015 (2.ª)

En el expediente 119/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Recate, S.L.».

HECHOS

I

Doña, presentó un escrito de fecha 31 de marzo de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Tenerife, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Recate, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la Junta General de socios celebrada el día 18 de diciembre de 2013 acordó el nombramiento de un auditor para los ejercicios 2013 a 2015 habiendo aceptado el designado don J. L. H. G. por medio de escrito de fecha 16 de abril de 2015 con firma notarialmente legitimada el mismo día. 2.º Que la socia instante carece de legitimación por no reunirse los requisitos del artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital. 3.º Que la inscripción en el Registro Mercantil carece de efectos constitutivos pues la Ley exige el nombramiento pero no la inscripción; que el nombramiento consta en el acta notarial de la Junta que es un documento fehaciente; que de conformidad con la propia doctrina de la Dirección General la existencia de un auditor voluntario enerva el derecho del minoritario; que en el caso presente el nombramiento es anterior y que en cuanto a: la inscripción del nombramiento la Ley de Sociedades de Capital no la exige; en cuanto a la puesta a disposición es una exigencia rigurosa pues no será hasta la convocatoria de Junta cuando se pueda poner a disposición de los socios el informe de verificación; que además el informe hay que entregarlo a la sociedad y no al interesado; que en cuanto a la incorporación del informe al expediente es imposible dada la premura de fechas para la formulación de las cuentas y emisión del informe. 4.º Que en ningún caso regula el Reglamento del Registro Mercantil la obligación de inscripción de auditores de sociedades no obligadas a verificación contable. 5.º Que quien realiza la solicitud conoce la existencia del previo nombramiento y su acción es un claro abuso de derecho con cita de jurisprudencia.

III

El registrador mercantil de Tenerife núm. 1, don Andrés Baretino Coloma dictó Resolución en fecha 21 de abril de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don, como administrador solidario, por escrito de fecha 25 de mayo de 2015, que tuvo entrada el día 27 inmediato posterior en el Registro Mercantil de Tenerife, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos acompañando documentación complementaria idéntica a la anteriormente presentada con la excepción del escrito de aceptación del auditor don J. L. H. G que en el ejemplar es de fecha 30 de diciembre de 2013, con firma legitimada el día 21 de mayo de 2015.

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 General de los Registros y del Notariado la cuestión del conflicto que se plantea cuando la solicitud del socio minoritario coincide con la oposición de la sociedad basada en la existencia de un nombramiento voluntario anterior.

La doctrina de esta Dirección al respecto (Resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012 y 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, entre otras muchas), afirma que la finalidad del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital es la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la estructura empresarial, para lo cual dicho artículo reconoce y regula el derecho a la verificación de la contabilidad social por un profesional independiente nombrado por el Registrador Mercantil a instancia de los socios que reúnan un mínimo de participaciones sociales o acciones equivalentes al 5% del capital social y siempre que presenten su solicitud en los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social.

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

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

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

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

2. En el supuesto que da lugar a la presente la sociedad ha acreditado el primer requisito de los dos anteriores a pesar de que de la documentación aportada no resulta de forma fehaciente la aceptación del nombramiento en fecha anterior a la presentación de la solicitud. Es cierto que la doctrina de esta Dirección General había venido exigiendo que la fecha anterior de nombramiento resultase de forma fehaciente, si bien la más reciente ha entendido que si de la valoración conjunta de la documentación aportada resulta con claridad que el nombramiento voluntario por la sociedad es previo, debe prevalecer esta circunstancia (*vide* resoluciones, entre otras, de 1 y 23 de julio, 2 y 26 de septiembre, 7 de octubre y 2 de diciembre de 2013 y 24 de junio y 24 de octubre de 2014). En el supuesto de este expediente, resulta que la primera fecha fehaciente de aceptación del auditor que resulta de los documentos es muy posterior a la presentación de la solicitud por el socio minoritario; no obstante, de una valoración conjunta de las pruebas, especialmente del acta notarial de Junta, se llega a la conclusión de que el nombramiento sí fue previo a la solicitud presentada por el interesado.

3. Ahora bien, aunque la sociedad ha justificado debidamente la existencia de nombramiento de auditor con carácter previo a la solicitud de los socios no ha acreditado en modo alguno que se haya adoptado un mínimo de acciones que permita reconocer que el derecho de acceso al informe de verificación contable se ha salvaguardado. Iniciado el procedimiento a que se refiere el artículo 265. 2 de la Ley de Sociedades de Capital el interés protegible consistente en la pretensión de que las cuentas de la sociedad sean sometidas al examen de un auditor con el fin de determinar si expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación (art. 1.3 de la Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas), debe ser garantizado bien porque el registrador mercantil designe auditor sin cuyo informe se impida el depósito de las cuentas anuales bien porque el auditor voluntario previamente designado conlleve el mismo efecto jurídico. De otro modo la finalidad del nombramiento de auditor y la satisfacción del interés protegible quedaría burlada.

Los argumentos de contrario de la sociedad no pueden enervar las anteriores consideraciones. En primer lugar porque la inscripción de auditor voluntario es un acto obligatoriamente sujeto a inscripción como resulta indudablemente del artículo 94.1.4.º del Reglamento del Registro Mercantil y confirma el artículo 153 del mismo cuerpo normativo que en su párrafo primero se refiere a la inscripción del nombramiento en general y en su segundo párrafo a la inscripción del nombramiento cuando tiene origen judicial o deriva de nombramiento llevado a cabo por el registrador mercantil. De este modo se garantiza que en el momento de proceder al depósito de las cuentas el registrador califique si procede o no el depósito por venir acompañado del oportuno informe de verificación de acuerdo al artículo 280 de la Ley de Sociedades de Capital en relación a los artículos 366 y 368 del Reglamento del Registro Mercantil.

Tampoco puede apreciarse el motivo que hace referencia a la imposibilidad de aportar el informe de verificación o de ponerlo a disposición del solicitante. Ciertamente tiene razón la sociedad cuando afirma que no se puede pretender que el informe de verificación esté completado en fecha cercana a la del cierre de ejercicio. Sin embargo es preciso tener en cuenta: a) que la sociedad no está obligada a verificación por lo que su contabilidad no tiene por qué revestir una especial complejidad (*vide* arts. 254, 257, 258 y 261 en relación al art. 263 de la Ley de Sociedades de Capital); b) que la sociedad no ha solicitado la inscripción del nombramiento de auditor en el Registro Mercantil, inscripción que se puede verificar sin necesidad de elevar a público el acuerdo del órgano de administración (arts. 154 y 192 en relación al 141 del Reglamento del Registro Mercantil); c) que de conformidad con el artículo 270 de la Ley de Sociedades de Capital el plazo ordinario para la elaboración del informe de verificación es el de un mes desde que se haya puesto a disposi-

ción del auditor la documentación oportuna; d) que al tiempo de emitir esta resolución han transcurrido más de seis meses desde el cierre del ejercicio social, plazo en el que la Junta Ordinaria de la sociedad debe aprobar las cuentas anuales previa convocatoria, momento en el que ya debe existir un informe de verificación a disposición de los socios (art. 164 en relación al 272 de la Ley de Sociedades de Capital); e) que de lo anterior resulta que ha transcurrido un plazo razonable para la emisión del informe de verificación y sin embargo la sociedad no lo ha aportado al expediente ni ha justificado en modo alguno que lo ha puesto a disposición del socio minoritario (*vide* art. 8 del Real Decreto 1517/2011, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas). En definitiva, la sociedad no ha adoptado, estando a su alcance, ninguna de las medidas que permiten garantizar que el interés protegible quede salvaguardado sin perjuicio de que si efectivamente el informe de verificación ha sido realizado pueda poner fin al procedimiento aportándolo al Registro Mercantil.

4. Finalmente tampoco puede ser apreciado el motivo final del escrito de recurso que hace referencia al conocimiento de la solicitante del contenido de las cuentas y a su supuesta mala fe.

En relación a la primera cuestión, no es aceptable pretender enervar el derecho del socio minoritario apelando a un presunto conocimiento previo de las cuentas sociales (*vide* resoluciones de este Centro de 7 de mayo de 2012 y 5 de febrero y 28 de mayo de 2013 y 17 de junio de 2014). En ningún caso la apelación a dicha circunstancia puede enervar la pretensión de nombramiento, dado que los derechos de información y auditoría, aunque complementarios y relacionados entre sí, resultan distintos por su finalidad y requisitos e independientes en cuanto a las condiciones para su ejercicio. Los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, independientemente de si ejercieron previamente su derecho a solicitar información financiera o contable o si, por cualquier otra circunstancia como la de ejercer en su día el cargo de administrador, tuvieron acceso a la contabilidad social (*vide* arts. 196 y 197 en relación con los artículos 253 y 272 de la Ley de Sociedades de Capital). Téngase en cuenta que el objeto de este expediente no es determinar si el socio minoritario puede acceder o no a la información contable sino si tiene derecho a que se designe un auditor a fin de obtener una opinión técnica, independiente e imparcial sobre si las cuentas «expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación».

Por lo que se refiere a la presunta mala fe de 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 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 aprecia-

ción de tales circunstancias resulta imposible en un procedimiento como el presente cuyo limitado conocimiento material y competencial lo impide, sin perjuicio del derecho de los interesados a acudir a los Tribunales de Justicia en defensa de su posición jurídica (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010 y 11 de marzo de 2014, entre otras).

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Tenerife núm. I, don Andrés Baretino Coloma de fecha 21 de abril de 2015.

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

Madrid, 22 de julio de 2015.—Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállico.—Sr. Registrador Mercantil núm. I de S. C. Tenerife.

Resolución de 22 de julio de 2015 (3.ª)

En el expediente 120/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «N2B Solutions, S.L.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito de fecha 31 de marzo de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Tenerife, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «N2B Solutions, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la Junta General de socios de fecha 27 de junio de 2014 adoptó el acuerdo de nombrar auditor para los ejerci-

cios 2014 y 2015, nombramiento que fue aceptado por el designado presente en la Junta según resulta del acta notarial que se acompaña; que igualmente se acompaña carta de encargo entre la sociedad y el designado de fecha 16 de septiembre de 2014. 2.º Que la hoja registral se encuentra cerrada a causa de que el auditor designado por el Registro Mercantil para la verificación de las cuentas de 2011 no ha presentado el informe de auditoría por lo que no se ha podido inscribir el nombramiento de auditor de los ejercicios 2012-2015. Que existiendo nombrado auditor voluntario no procede otro nombramiento.

III

El registrador mercantil de Tenerife núm. I, don Andrés Baretino Coloma dictó Resolución en fecha 28 de abril de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don y don, como administradores mancomunados, por escrito de fecha 28 de mayo de 2015, interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: 1.º Que se ha acreditado en el expediente el nombramiento de auditor para el ejercicio 2014 por parte de la Junta General así como la aceptación del designado y la firma de la carta de encargo. 2.º Que el informe de auditoría se ha realizado por el auditor designado y no había sido puesto a disposición del socio por estar en fase de elaboración. Que ha sido finalizado el día 18 de mayo de 2015 y se acompaña copia para incorporar al expediente. Que se ha convocado Junta para la aprobación de las cuentas en cuya convocatoria se pone a disposición de los socios el informe de verificación. Que de este modo se satisface el derecho de información del socio siguiendo con la política de la sociedad al respecto en ejercicios anteriores. 2.º Que la circunstancia de que el folio de la sociedad se encuentre cerrado por falta de depósito de cuentas es ajena a la voluntad de la sociedad. 3.º Que la posición del socio minoritario encubre un abuso de derecho como resulta del acta notarial de Junta de 27 de junio de 2014.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. De forma reiteradísima (Resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012 y 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, entre otras muchas), este Centro Directivo ha mantenido que la finalidad del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital es la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la estructura empresarial, para lo cual dicho artículo reconoce y regula el derecho a la verificación de la contabilidad social por un profesional indepen-

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

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

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

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

2. En el expediente que da lugar a la presente concurren ambas circunstancias lo que conlleva la estimación de la pretensión de la sociedad recurrente aunque es preciso poner de manifiesto que solo con la presentación del escrito de recurso y de la documentación complementaria resultan los requisitos precisos para ello.

Junto a la justificación de la existencia de un nombramiento anterior de auditor con carácter voluntario concurre la aportación al expediente de un ejemplar del informe de verificación de las cuentas sociales correspondientes al ejercicio 2014.

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

La estimación de este motivo de recurso hace innecesario entrar en el resto de los comprendidos en el escrito de la sociedad.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Tenerife núm. I, don Andrés Barettino Coloma de fecha 28 de abril de 2015.

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

Madrid, 22 de julio de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállico.–Sr. Registrador Mercantil de S. C. de Tenerife.

Resolución de 22 de julio de 2015 (4.ª)

En el expediente 121/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Urbanización Playa Fañabe, S.A.».

HECHOS

I

Don, actuando en representación de la sociedad «Menuce, S.A.», presentó un escrito de fecha 31 de marzo de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Tenerife, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular su representada de más del 5% del capital social de «Urbanización Playa Fañabe, S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la Junta General de socios celebrada el día 27 de diciembre de 2012 acordó el nombramiento de un auditor para los ejercicios 2012 a 2014 como resulta del acta notarial de Junta de fecha la misma fecha que se acompaña habiéndose designado a la sociedad «Assap Auditores, S.L.». Que la sociedad designada aceptó el nombramiento por medio de escrito de fecha 28 de diciembre de 2012, que se acompaña, con firma notarialmente legitimada el día 15 de abril de 2015. 2.º Que la sociedad instante carece de legitimación por no reunirse los requisitos del artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital. 3.º Que la inscripción en el Registro Mercantil carece de efectos constitutivos pues la Ley exige el nombramiento pero no la inscripción; que el nombramiento consta en el acta notarial de la Junta que es un documento fehaciente; que de conformidad con la propia doctrina de la Dirección General la existencia de un auditor voluntario enerva el derecho del minoritario; que en el caso presente el nombramiento es anterior y que en cuanto a: la inscripción del nombramiento la Ley de Sociedades de Capital no la exige; en cuanto a la puesta a disposición es una exigencia rigurosa pues no será hasta la convocatoria de Junta cuando se pueda poner a disposición de los socios el informe de verificación; que además el informe hay que entregarlo a la sociedad y no al interesado; que en cuanto a la incorporación del informe al expediente es imposible dada la premura de fechas para la formulación de las cuentas y emisión del informe. 4.º Que en ningún caso regula el Reglamento del Registro Mercantil la obligación de inscripción de auditores de sociedades no obligadas a verificación contable. 5.º Que quien realiza la solicitud conoce la existencia del previo nombramiento y su acción es un claro abuso de derecho con cita de jurisprudencia.

III

El registrador mercantil de Tenerife núm. I, don Andrés Baretino Coloma dictó Resolución en fecha 21 de abril de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don, como administrador solidario, por escrito de fecha 25 de mayo de 2015, que tuvo entrada el día 27 inmediato posterior en el Registro Mercantil de Tenerife, interpuso

recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos acompañando documentación complementaria idéntica a la anteriormente presentada.

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. Otra vez se plantea ante esta Dirección General de los Registros y del Notariado la cuestión del conflicto que se plantea cuando la solicitud del socio minoritario coincide con la oposición de la sociedad basada en la existencia de un nombramiento voluntario anterior.

La doctrina de esta Dirección al respecto (Resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012 y 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, entre otras muchas), afirma que la finalidad del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital es la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la estructura empresarial, para lo cual dicho artículo reconoce y regula el derecho a la verificación de la contabilidad social por un profesional independiente nombrado por el Registrador Mercantil a instancia de los socios que reúnan un mínimo de participaciones sociales o acciones equivalentes al 5% del capital social y siempre que presenten su solicitud en los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social.

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

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

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

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

2. En el supuesto que da lugar a la presente la sociedad ha acreditado el primer requisito de los dos anteriores a pesar de que de la documentación aportada no resulta de forma fehaciente la aceptación del nombramiento en fecha anterior a la presentación de la solicitud. Es cierto que la doctrina de esta Dirección General había venido exigiendo que la fecha anterior de nombramiento resultase de forma fehaciente, si bien la más reciente ha entendido que si de la valoración conjunta de la documentación aportada resulta con claridad que el nombramiento voluntario por la sociedad es previo, debe prevalecer esta circunstancia (*vide* resoluciones, entre otras, de 1 y 23 de julio, 2 y 26 de septiembre, 7 de octubre y 2 de diciembre de 2013 y 24 de junio y 24 de octubre de 2014). En el supuesto de este expediente, resulta que la primera fecha fehaciente de aceptación del auditor que resulta de los documentos es muy posterior a la presentación de la solicitud por el socio minoritario; no obstante, de una valoración conjunta de las pruebas, especialmente del acta notarial de Junta, se llega a la conclusión de que el nombramiento sí fue previo a la solicitud presentada por el interesado.

3. Ahora bien, aunque la sociedad ha justificado debidamente la existencia de nombramiento de auditor con carácter previo a la solicitud de los socios no ha acreditado en modo alguno que se haya adoptado un mínimo de acciones que permita reconocer que el derecho de acceso al informe de verificación contable se ha salvaguardado. Iniciado el procedimiento a que se refiere el artículo 265. 2 de la Ley de Sociedades de Capital el interés protegible consis-

tente en la pretensión de que las cuentas de la sociedad sean sometidas al examen de un auditor con el fin de determinar si expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación (art. 1.3 de la Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas), debe ser garantizado bien porque el registrador mercantil designe auditor sin cuyo informe se impida el depósito de las cuentas anuales bien porque el auditor voluntario previamente designado conlleve el mismo efecto jurídico. De otro modo la finalidad del nombramiento de auditor y la satisfacción del interés protegible quedaría burlada.

Los argumentos de contrario de la sociedad no pueden enervar las anteriores consideraciones. En primer lugar porque la inscripción de auditor voluntario es un acto obligatoriamente sujeto a inscripción como resulta indudablemente del artículo 94.1.4.º del Reglamento del Registro Mercantil y confirma el artículo 153 del mismo cuerpo normativo que en su párrafo primero se refiere a la inscripción del nombramiento en general y en su segundo párrafo a la inscripción del nombramiento cuando tiene origen judicial o deriva de nombramiento llevado a cabo por el registrador mercantil. De este modo se garantiza que en el momento de proceder al depósito de las cuentas el registrador califique si procede o no el depósito por venir acompañado del oportuno informe de verificación de acuerdo al artículo 280 de la Ley de Sociedades de Capital en relación a los artículos 366 y 368 del Reglamento del Registro Mercantil.

Tampoco puede apreciarse el motivo que hace referencia a la imposibilidad de aportar el informe de verificación o de ponerlo a disposición del solicitante. Ciertamente tiene razón la sociedad cuando afirma que no se puede pretender que el informe de verificación esté completado en fecha cercana a la del cierre de ejercicio. Sin embargo es preciso tener en cuenta: a) que la sociedad no está obligada a verificación por lo que su contabilidad no tiene porqué revestir una especial complejidad (*vide* arts. 254, 257, 258 y 261 en relación al art. 263 de la Ley de Sociedades de Capital); b) que la sociedad no ha solicitado la inscripción del nombramiento de auditor en el Registro Mercantil, inscripción que se puede verificar sin necesidad de elevar a público el acuerdo del órgano de administración (arts. 154 y 192 en relación al 141 del Reglamento del Registro Mercantil); c) que de conformidad con el artículo 270 de la Ley de Sociedades de Capital el plazo ordinario para la elaboración del informe de verificación es el de un mes desde que se haya puesto a disposición del auditor la documentación oportuna; d) que al tiempo de emitir esta resolución han transcurrido más de seis meses desde el cierre del ejercicio social, plazo en el que la Junta Ordinaria de la sociedad debe aprobar las cuentas anuales previa convocatoria, momento en el que ya debe existir un informe de verificación a disposición de los socios (art. 164 en relación al 272 de la Ley de Sociedades de Capital); e) que de lo anterior resulta que ha trans-

currido un plazo razonable para la emisión del informe de verificación y sin embargo la sociedad no lo ha aportado al expediente ni ha justificado en modo alguno que lo ha puesto a disposición del socio minoritario (*vide* art. 8 del Real Decreto 1517/2011, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas). En definitiva, la sociedad no ha adoptado, estando a su alcance, ninguna de las medidas que permiten garantizar que el interés protegible quede salvaguardado sin perjuicio de que si efectivamente el informe de verificación ha sido realizado pueda poner fin al procedimiento aportándolo al Registro Mercantil.

4. Finalmente tampoco puede ser apreciado el motivo final del escrito de recurso que hace referencia al conocimiento de la solicitante del contenido de las cuentas y a su supuesta mala fe.

En relación a la primera cuestión, no es aceptable pretender enervar el derecho del socio minoritario apelando a un presunto conocimiento previo de las cuentas sociales (*vide* resoluciones de este Centro de 7 de mayo de 2012 y 5 de febrero y 28 de mayo de 2013 y 17 de junio de 2014). En ningún caso la apelación a dicha circunstancia puede enervar la pretensión de nombramiento, dado que los derechos de información y auditoría, aunque complementarios y relacionados entre sí, resultan distintos por su finalidad y requisitos e independientes en cuanto a las condiciones para su ejercicio. Los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, independientemente de si ejercieron previamente su derecho a solicitar información financiera o contable o si, por cualquier otra circunstancia como la de ejercer en su día el cargo de administrador, tuvieron acceso a la contabilidad social (*vide* arts. 196 y 197 en relación con los artículos 253 y 272 de la Ley de Sociedades de Capital). Téngase en cuenta que el objeto de este expediente no es determinar si el socio minoritario puede acceder o no a la información contable sino si tiene derecho a que se designe un auditor a fin de obtener una opinión técnica, independiente e imparcial sobre si las cuentas «expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación».

Por lo que se refiere a la presunta mala fe de 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 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).

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Tenerife núm. I don Andrés Baretino Coloma de fecha 21 de abril de 2015.

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

Madrid, 22 de julio de 2015.-El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego. Sr. Registrador Mercantil de S. C. Tenerife.

Resolución de 22 de julio de 2015 (5.ª)

En el expediente 122/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de socios de «Manuel Riesgo, S.A.».

HECHOS

I

Don y don, presentaron un escrito de fecha 18 de marzo de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 26 posterior, en el que solicitaron, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titulares cada uno de ellos de un 2.5% del capital social de «Manuel Riesgo, S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

Requerido don para que justificase su participación en el capital social aportó documentación complementaria mediante escrito de fecha 15 de abril de 2015 con entrada en el Registro Mercantil el mismo día.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la sociedad tiene contratado con la firma de auditoría «Audireport, S.L.», la verificación de las cuentas anuales correspondientes a los ejercicios 2010 a 2015 como justifica con copia del contrato de auditoría firmado entre las partes de fecha 1 de junio de 2010.

III

El registrador mercantil de Madrid núm. XIV, don Miguel Seoane de la Parra dictó Resolución en fecha 6 de mayo de 2015 por la que acordó admitir la oposición y desestimar el nombramiento del auditor solicitado al constar inscrito el nombramiento de auditor en la inscripción 17.^a de la sociedad de fecha 6 de mayo de 2015.

IV

Don y don, por escrito de fecha 1 de junio de 2015, 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 a los siguientes argumentos: 1.º Que el 26 de marzo de 2015 solicitaron la designación de auditor cuando no existía inscripción en el Registro Mercantil; que ante el primer rechazo por error del registrador se solicitó nueva documentación que se aportó; que el día 6 de mayo se inscribe el nombramiento de auditor en la misma fecha en que se rechaza el nombramiento del voluntario; que se cumplen los requisitos del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital; que la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 31 de octubre de 2013 define las condiciones de inscripción en supuestos de colisión; que no se ha garantizado el interés de los solicitantes pues la inscripción es posterior a su solicitud y no han recibido el informe de verificación ni se ha incorporado al expediente. 2.º Que la sociedad viene cometiendo determinadas irregularidades que resultan del propio contenido del Registro Mercantil. 3.º Que a lo anterior se une una situación económico financiera de la sociedad alarmante sin que se disponga de las cuentas anuales del 2014.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. El recurso no puede prosperar pues ninguno de los motivos aducidos tiene virtualidad para enervar la resolución del registrador mercantil.

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

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

cación, ha sido debidamente cumplimentado (art. 1.3 de la Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas). Procede en consecuencia la desestimación del recurso.

Es cierto que la solicitud de inscripción de la auditoría ha sido posterior a la presentación de la instancia como resulta del escrito de oposición y del escrito de recurso pero si tenemos en cuenta: a) que el interés protegible ha sido debidamente salvaguardado por la realización de la inscripción de nombramiento anterior del auditor nombrado por la sociedad; b) que no existe indicio alguno que permita afirmar que la actuación de la sociedad ha tenido por finalidad defraudar el derecho del solicitante, circunstancia que en cualquier caso debe ser objeto de pretensión ante los Tribunales de Justicia; c) que resulta innecesario y económicamente injustificable el nombramiento de un auditor para llevar a cabo el mismo cometido que el realizado por un profesional cuyo ejercicio se rige por los principios de independencia, objetividad e imparcialidad; d) que cualquier desviación de la anterior conducta debe ser puesta en conocimiento de la administración competente por el interesado para que adopte las medidas previstas en el ordenamiento; e) que como ha puesto de relieve esta Dirección General (*vide* resoluciones de 11 de marzo y 30 de julio de 2014), la objetividad, imparcialidad e independencia del auditor de cuentas son principios vertebradores de la actividad auditora y quedan salvaguardados por la Ley de Auditoría de Cuentas así como por su Reglamento de Ejecución y las Normas Técnicas de Auditoría. El artículo 11 de la Ley de Auditoría encomienda a los propios auditores el deber de abstenerse en los supuestos en que puedan incurrir en causa de incompatibilidad atribuyendo al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas la competencia de velar por el adecuado cumplimiento del deber de independencia, así como de valorar en cada trabajo concreto la posible falta de independencia de un auditor de cuentas o sociedad de auditoría. Si los interesados creen vulnerados dichos principios siempre podrán ejercitar las acciones administrativas de responsabilidad disciplinaria ante el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas o bien las acciones civiles o, incluso, penales pertinentes ante la jurisdicción competente; f) que resulta en definitiva que, satisfecho el interés protegible, no procede el nombramiento solicitado. Si el interesado considera que la actuación u omisión del auditor nombrado por la sociedad no es conforme con el cumplimiento de las obligaciones legalmente exigibles o que su independencia está comprometida debe dirigirse a la Autoridad competente alegando lo que a su derecho mejor convenga.

2. Tampoco pueden estimarse los motivos de recurso que hacen referencia a supuestas irregularidades o a la situación económica de la sociedad. 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 y resoluciones de este Centro de 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010, entre otras).

Consecuentemente, no procede ningún pronunciamiento en relación a las cuestiones planteadas por las partes en este expediente y que son ajenas a su naturaleza y objeto.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid núm. XIV don Miguel Seoane de la Parra de fecha 6 de mayo de 2015.

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

Madrid, 22 de julio de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.–Sr. Registrador Mercantil núm. XIV de Madrid.

Resolución de 27 de julio de 2015 (1.^a)

En el expediente 70/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Coruñesa de Arrendamientos, S.L.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito de fecha 5 de marzo de 2015, dirigido al Registro Mercantil de La Coruña, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Coruñesa de Arrendamientos, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad por medio de sus administradores mancomunados don y don se opuso a la pretensión del socio alegando que la totalidad de las participaciones sociales de la mercantil, de la que es propietario el solicitante se encuentran embargadas según decretos de los Juzgados de Primera Instancia número dos de La Coruña de 21 de mayo de 2013 y del número cuatro de 14 de junio de 2013 y del número doce de 25 de febrero de 2015, no encontrándose por lo tanto legitimado el solicitante para solicitar el nombramiento de auditor de cuentas.

III

El Registrador Mercantil de La Coruña, don Hermes Rego Valcarce dictó Resolución en fecha 16 de marzo de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Los administradores mancomunados de la sociedad don y don, por escrito de fecha 6 de abril de 2015, que tuvo entrada el 7 de abril de 2015 en el Registro Mercantil de La Coruña, interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

La principal cuestión del presente expediente es la relativa al alcance del embargo de las participaciones sociales y si este embargo impide o no el ejercicio del derecho a solicitar, al socio que reúna los requisitos de tiempo y de capital previstos por la Ley, el nombramiento de un auditor que verifique las cuentas sociales de la sociedad.

Este Centro Directivo viene manteniendo que el embargo de las participaciones no implica la pérdida de la propiedad de la cosa embargada, ni de los derechos económicos y políticos que de la misma se derivan, sino que más bien es una toma de razón a efectos de garantía y preferencia de la existencia de un procedimiento ejecutivo contra el propietario del bien embargado, estando en consecuencia legitimado para ejercitar, en unión con otro u otros socios, el derecho a la verificación contable que la Ley les reconoce (Resolu-

ciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de junio de 2010, 28 de julio de 2014, entre otras).

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de La Coruña don Hermes Rego Valcarcel de fecha 16 de marzo de 2015.

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

Madrid, 27 de julio de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.–Sr. registrador Mercantil de La Coruña.

Resolución de 27 de julio de 2015 (2.ª)

En el expediente 124/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «BricoMelilla, S.L.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito de fecha 15 de marzo de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Melilla, 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 «BricoMelilla, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la solicitud no expresa su causa ni justifica la legitimación del solicitante. 2.º Que quien solicita la auditoría ha ejercido la dirección efectiva de la empresa por lo que carece de sentido que ahora solicite auditoría. 3.º Que su acción es desleal como refleja su conducta directa e indirecta hacia la sociedad desvirtuando el sentido del artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital con cita de abundante jurisprudencia.

III

El registrador mercantil de Melilla, don Juan Pablo García Yusto dictó Resolución en fecha 21 de abril de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don y don, como administradores de la sociedad, por escrito de fecha 15 de abril de 2015 (sic), que tuvo entrada el 2 de junio siguiente en el Registro Mercantil de Melilla, interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: 1.º Que el solicitante ha sido administrador solidario de la sociedad desde 2004 hasta abril de 2014 ejerciendo de hecho la dirección efectiva de la sociedad. 2.º Que la resolución impugnada no está suficientemente motivada de modo que el recurrente no puede conocer las causas en que basa su decisión. 3.º Que la solicitud no expresa la causa en que se basa para solicitar nombramiento de auditor ni se justifica la legitimación del socio. 4.º Que existe una grave incompatibilidad en el solicitante derivada de que ha sido administrador de la sociedad por lo que tiene conocimiento directo de la marcha social y del hecho de que está ejercitando acciones judiciales contra la sociedad. Además fue apartado de la administración de la sociedad por su conducta desleal como resulta de la sentencia dictada por el juzgado de primera Instancia núm. 4 de Melilla. Que el Tribunal Supremo se ha pronunciado en diferentes ocasiones para delimitar el ámbito del derecho de información pronunciándose en diversas sentencias (que se citan), en el sentido de que no puede utilizarse para frenar la marcha social o ejercerlo de modo abusivo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. El recurso no puede prosperar porque ninguno de los motivos en que se funda tiene virtualidad para enervar el derecho que al socio minoritario reconoce el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

Comenzando con la cuestión relativa a la falta de fundamentación de la resolución del registrador, es preciso tener en cuenta que el objeto de este expediente se limita a decidir si concurren o no los requisitos de tiempo y legitimación que exige el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital por lo que, como afirma el artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil, solo cabe oposición en los términos estrictos que delimitan el supuesto.

La petición de apreciación de nulidad del recurrente no puede ser atendida habida cuenta que ni la resolución impugnada adolece de ninguna de las causas de nulidad previstas en el artículo 62 de la Ley 30/1992, ni puede ser apre-

ciado un defecto de forma que produzca indefensión al recurrente en los términos previstos en el artículo 63 del mismo cuerpo legal. Para que así hubiera sido habría sido preciso que el error de la resolución impidiera efectivamente al recurrente apreciar su sentido o los hechos de que deduce las consecuencias jurídicas impugnadas o que de otro modo le hubiese impedido ejercitar los derechos que la Ley le reconoce. La resolución impugnada, ciertamente escueta, desestima la oposición de la sociedad precisamente porque, a juicio del registrador, ni se aporta prueba escrita de que no procede el nombramiento ni se justifica la falta de legitimación del solicitante.

En el supuesto que constituye el objeto de este expediente el recurrente ha podido alegar en fase de oposición y en fase de recurso los motivos que ha tenido por conveniente, motivos basados en unos datos de hecho incontrovertidos (el socio solicitante ha sido administrador solidario de la sociedad durante parte del ejercicio a auditar), por lo que no cabe reconocer la existencia de un motivo de nulidad.

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

La sociedad recurrente no puede pretender la declaración de nulidad de unas actuaciones de cuya existencia tuvo conocimiento y en las que ha tenido la oportunidad de llevar a cabo las alegaciones que ha estimado oportunas en defensa de su posición jurídica.

En definitiva y como ha reiterado el Tribunal Constitucional, el defecto de comunicación o de motivación resulta constitucionalmente irrelevante sino impide la debida tutela del interesado teniendo expedito el ejercicio de los derechos legalmente reconocidos (Sentencia de 13 de noviembre de 2000).

2. La inexpressión de causa de la solicitud no impide el reconocimiento del 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 inexpressión de la causa de la petición o su expresión inadecuada es intrascendente en este procedimiento de nombramiento registral de auditor a instancia de los socios minoritarios de entidades mercantiles (en este sentido pueden verse las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 12 y 23 de julio, 7 de octubre de 2010 y 11 y 31 de marzo, 4 y 11 de junio, 24 y 30 de julio y 4 y 5 de agosto de 2014 entre otras muchas).

Por lo que se refiere a la acreditación de la legitimación, este Centro Directivo ha entendido suficiente la aportación de un principio de prueba por escrito, pues se estima que el Reglamento del Registro Mercantil –art. 351.2– no ha pretendido ser especialmente exigente con el socio a la hora de exigirle que acredite documentalmente su condición, e incluso que no siempre resulta exigible dicha justificación documental –«en su caso», dice el precepto–. Por su parte y en lo referente a la negación de la legitimación se ha concluido –a pesar del tenor literal del 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. Correspondería, por tanto, a la sociedad probar, y no lo ha hecho, que el accionista ha dejado de serlo, por lo que no cabe sino reconocer que está legitimado para solicitar la auditoría. En realidad la sociedad no niega la condición de socio del solicitante, se limita a afirmar que no ha acreditado su condición circunstancia, que como resulta de las anteriores consideraciones, es incompatible con su reconocimiento de que el solicitante es socio.

3. Igual destino desestimatorio merece el motivo de recurso que hace referencia a la condición de administrador del solicitante durante parte del ejercicio a auditar así como su incompatibilidad para llevar a cabo la solicitud. Es doctrina reiterada de esta Dirección General de los Registros y del Notariado que la medida protectora prevista en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital obedece a la finalidad de amparar la legítima pretensión de un socio de que las cuentas anuales de la sociedad no obligada sean objeto de verificación contable. Es preciso que el socio instante reúna los requisitos de capital y de temporalidad previstos en dicho artículo pero también lo es que ostente un interés protegible; es decir, una situación tal que permita entender que sin la atención de su petición su derecho a obtener el

nombramiento de auditor para verificar las cuentas quedaría indebidamente frustrado. Por este motivo esta Dirección tiene reiteradamente declarado que no concurre dicho interés protegible cuando el socio se ha encontrado, durante el ejercicio económico al que se refiere la solicitud de auditoría, en situación de haber obtenido la verificación a que se refiere su solicitud.

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

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

Como este Centro ha afirmado (Resoluciones de 27 de febrero de 2013 y 31 de enero de 2014 entre las más recientes), el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital contiene una fuerte medida protectora de los socios minoritarios por lo que con independencia de cuales sean las condiciones económicas de la sociedad, el perjuicio económico que se produzca o las consecuencias que se deriven incluso para el propio solicitante, se impone el derecho individual del socio a conocer el estado contable de la sociedad y a su verificación por auditor nombrado por el Registro Mercantil. Por este motivo el hecho de que el socio solicitante esté en conflicto con la sociedad y de forma directa o indirecta haya planteado procedimientos en sede judicial es irrelevante a los efectos de este expediente pues no solo no se ha acreditado la existencia de dichos procedimientos, es que ninguno de los mencionados tiene virtualidad para influir en este expediente, como ocurriría si se hubiese acreditado que la legitimación del socio, su condición de tal, está siendo objeto de contienda judicial.

Del mismo modo no puede utilizarse el argumento del derecho de información para intentar desvirtuar el derecho del socio a que se verifiquen las cuentas anuales. Como ha reiterado esta Dirección (*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 pue-

den solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, independientemente de si ejercieron previamente su derecho a solicitar información financiera o contable o si, por cualquier otra circunstancia como la de ejercer en su día el cargo de administrador, tuvieron acceso a la contabilidad social (*vide* artículos 196 y 197 en relación con los artículos 253 y 272 de la Ley de Sociedades de Capital). Téngase en cuenta que el objeto de este expediente no es determinar si el socio minoritario puede acceder o no a la información contable sino si tiene derecho a que se designe un auditor a fin de obtener una opinión técnica, independiente e imparcial sobre si las cuentas «expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación» (art. 1 del Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas).

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

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

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Melilla, don Juan Pablo García Yusto de fecha 21 de abril de 2015.

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

a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 27 de julio de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador Mercantil de Melilla.

Resolución de 27 de julio de 2015 (3.^a)

En el expediente 125/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Laly Oil, S.L.».

HECHOS

I

Don y doña..... presentó un escrito de fecha 26 de febrero de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Asturias, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Laly Oil, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que don no es socio de la sociedad. 2.º Que las notificaciones no han sido enviadas al domicilio social. 3.º Que siendo indudable el derechos de los socios minoritarios no puede ser ejercido en fraude de ley para obtener una situación ventajosa en una posible negociación de venta.

III

La registradora mercantil de Asturias, doña María Concepción Solance del Castillo dictó Resolución en fecha 28 de abril de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don, administrador de la sociedad, por escrito de fecha 3 de junio de 2015, que tuvo entrada el día siguiente en el Registro Mercantil de Asturias, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos, añadiendo en cuanto a la legitimación de

don que el hecho de que el régimen del matrimonio sea el de gananciales no supone poder de representación alguno a favor del cónyuge.

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. Procede la desestimación del recurso pues ninguno de los motivos en que se funda tiene virtualidad para dejar sin efecto el derecho que al socio minoritario reconoce el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

En primer lugar, resulta irrelevante que la instancia de solicitud de nombramiento haya sido firmada además de por doña..... por su marido don Resultando del Registro Mercantil que doña..... es socia de la sociedad (circunstancia que el recurrente no discute), el hecho de que se encuentre casada es indiferente a los efectos del ejercicio que como tal le corresponde.

El carácter ganancial o no de acciones o participaciones es una cuestión ajena a la condición de socio que en nuestro ordenamiento mercantil se vincula exclusivamente a su titularidad, como a la misma se vincula el ejercicio de los derechos inherentes a tal condición. Como afirma el artículo 91 de la Ley de Sociedades de Capital: «Cada participación social y cada acción confieren a su titular legítimo la condición de socio y le atribuyen los derechos reconocidos en esta Ley y en los estatutos». En el mismo sentido, entre otros, los artículos 93, 99.1, 102, 104, 122, 126, 179, 183, 184, 188, 291, 292, 346, 353, 393 de la propia Ley de Sociedades de Capital.

Afirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 20 de julio de 1998 que: «... por ser cónyuge del socio, no se adquiere dicha condición, sino que tan solo se tiene posibilidad de ello por medio de un acto de transmisión». Y continúa: «Tampoco se trata de copropiedad de participaciones, pues en ese caso ambos cónyuges debían constar como copropietarios de las participaciones sociales y la designación formal a uno de ellos para el ejercicio de los derechos de socio (art. 35 LSRL), circunstancias que no se especifican en el presente caso donde solo aparece uno de los cónyuges como socio fundador y único propietario de las participaciones sociales suscritas. El hecho de que el titular de las participaciones sociales se halle casado bajo el régimen de sociedad de gananciales, no hace más que otorgar una serie de derechos al cónyuge no titular sobre el valor económico de tales participaciones: a percibir dividendos, a una cuota determinada del valor de realización de las participaciones al momento de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales».

Con mayor despliegue argumentativo afirma lo siguiente la Audiencia Provincial de Madrid en su sentencia de 18 de julio de 2000: «debe distinguirse, en las sociedades de capital, entre la titularidad de las participaciones y el derecho de asistencia a las Juntas. La seguridad jurídica en este tipo de sociedades, y la obligación legal de llevanza de un Libro Registro de Socios, implica que el ejercicio del derecho de asistencia a la Junta derive de la inscripción en el Libro Registro (art. 27 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada), o que se acredite frente a la sociedad, mediante documento público o escritura pública, que se es titular de los derechos políticos derivados de dichas participaciones (art. 26 de la Ley especial)». Y continúa: «El hecho de que el titular de las participaciones sociales, como ocurre en el caso de autos, se halle casado bajo el régimen de sociedad de gananciales, no hace más que otorgar una serie de derechos al cónyuge no titular sobre el valor económico de tales participaciones a percibir dividendos, a una cuota determinada del valor de realización de las participaciones al momento de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, pero no le otorga derechos políticos frente a la sociedad salvo representación del titular (art. 49 de la Ley especial). Pero es que, aunque no fuera así y se considerara la existencia de una cotitularidad compartida sobre las participaciones, entraría en juego lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley especial, para supuestos de cotitularidad o copropiedad de participaciones, esto es, los cónyuges copartícipes habrían de designar una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio, designación que debería notificarse a la sociedad previamente a la Junta e inscribirse en el Libro Registro de socios, en aras de la seguridad jurídica y en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 26 y 27 de la Ley especial ya citados».

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

nes 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».

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).

Aplicadas las consideraciones anteriores al presente expediente resulta indudable que la falta de legitimación de don, en cuanto cónyuge de doña....., en nada empece ni impide la plena legitimación de esta para ejercer el derecho que le reconoce el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

2. El segundo motivo de recurso hace referencia a que las notificaciones realizadas a la sociedad no lo han sido en su domicilio social. El Reglamento del Registro Mercantil establece la obligación de notificar la solicitud del socio minoritario a la sociedad a auditar en el lugar o domicilio que haya indicado el solicitante (art. 351.1.2.º). Cuando no coincida con el domicilio social inscrito el registrador debe actuar con la máxima prudencia pues entre sus obligaciones está la de asegurarse que el traslado de la solicitud se haga de modo que quede constancia de su entrega (art. 354.1.2 del mismo reglamento). El registrador, en cuanto autoridad señalada por el ordenamiento para llevar a cabo la designación de auditor, ha de evaluar en cada caso concreto si el domicilio señalado por la instancia es idóneo para asegurar la efectividad de la recepción, circunstancia que no siempre será sencilla a falta de datos que permitan tener dicho domicilio por tal en contra del pronunciamiento registral

sobre cuál es el centro de imputación jurídica de la sociedad (arts. 40 y 41 del Código Civil). En caso de duda debe acudir a una doble notificación, evitándose así en todo caso que quede al arbitrio de una de las partes, el del solicitante de la auditoría, el cumplimiento eficaz de la notificación y como consecuencia el ejercicio del derecho de oposición de la sociedad (*vide* arts. 9 y 10 de la Ley de Sociedades de Capital).

En el supuesto del expediente que da lugar a la presente, el registrador mercantil ha notificado en lugar distinto al domicilio social pese a lo que la sociedad ha ejercido en plazo sus derechos de oposición y de recurso.

Debe sostenerse la decisión de la registradora quien, si bien no llevó a cabo notificación alguna en el domicilio social que consta en el Registro Mercantil amparado bajo la presunción de existencia y validez que consagra el artículo 20 del Código de Comercio, no merece reproche alguno como demuestra el hecho de que la sociedad haya ejercitado oportunamente los derechos que el ordenamiento le reconoce.

Aún si las notificaciones hubieran adolecido de defecto alguno, si el interesado a pesar de la existencia de un defecto formal ejercita su derecho o no lo hace teniendo la oportunidad de hacerlo, no puede alegar conculcación de su posición jurídica.

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

En el supuesto de hecho que ha dado lugar a la presente, la sociedad cuyas cuentas deben ser auditadas ha tenido conocimiento de la existencia del procedimiento de nombramiento de auditor y ha presentado dos escritos ante el Registro Mercantil de Asturias, ambos tempestivos. La sociedad recurrente no puede pretender la declaración de nulidad de unas actuaciones de cuya existencia tuvo conocimiento y en las que ha tenido la oportunidad de llevar a cabo las alegaciones que ha estimado oportunas en defensa de su posición jurídica.

En definitiva y como ha reiterado el Tribunal Constitucional, el defecto de comunicación resulta constitucionalmente irrelevante sino impide la debida tutela del interesado al tener conocimiento extraprocésal del contenido de la comunicación y por tanto expedito el ejercicio de los derechos legalmente reconocidos (Sentencia de 13 de noviembre de 2000).

3. Igual destino desestimatorio tiene el tercero de los motivos de recurso referido al fraude en el ejercicio del derecho reconocido en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. Al respecto es doctrina muy consolidada de esta Dirección que siendo indiscutible que nuestro ordenamiento jurídico no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo pues el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización de buena fe (art. 7 del Código Civil), también lo es que la apreciación de tales circunstancias resulta imposible en un procedimiento como el presente cuyo limitado conocimiento material y competencial lo impide, sin perjuicio del derecho de los interesados a acudir a los Tribunales de Justicia en defensa de su posición jurídica (Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010 y 11 de marzo de 2014, entre otras).

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

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Asturias, doña María Concepción Solance del Castillo de fecha 28 de abril de 2015.

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

Madrid, 27 de julio de 2015.—Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.—Sr. Registrador Mercantil de Asturias.

Resolución de 27 de julio de 2015 (4.^a)

En el expediente 128/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Administración y Consulting Urbanístico de Elche, S.L.».

HECHOS

I

Doña, presentó un escrito de fecha 30 de marzo de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Alicante, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Administración y Consulting Urbanístico de Elche, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la solicitante no es socia pues si bien es cierto que figura como titular en virtud de escritura pública de siete participaciones no lo es menos que se trata de una adquisición fiduciaria. Que el verdadero titular es el señor con quien la solicitante mantenía una relación de pareja. Que así se hizo constar en las declaraciones fiscales en las que constan los dos únicos socios de la sociedad. 2.º Que Juan Antonio Alberdi Garrido requirió por conducto notarial a la solicitante a fin de que procediera a transmitirle las participaciones que estaban a su nombre de forma fiduciaria, requerimiento que ha quedado sin contestación. Que el asunto está en trámites judiciales. 3.º Que la sociedad tiene sus propiedades embargadas, carece de liquidez para pagar a un auditor englobándose la solicitud en una estrategia de la solicitante para obtener un acuerdo de separación más ventajoso.

III

El registrador mercantil de Alicante núm. II, don Antonio Arias Fuentes dictó Resolución en fecha 21 de abril de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don, como administrador de la sociedad, por escrito de fecha 29 de mayo de 2015, con sello de imposición de la Oficina de Correos de Elche el mismo día 29, que tuvo entrada el 3 de junio siguiente en el Registro Mercantil de Alicante, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos exclusivamente en cuanto a los motivos uno y dos a que se ha hecho referencia anteriormente. Acompaña al escrito abundante documentación siendo de especial relevancia a los efectos de la presente la diligencia de ordenación del

Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Elche de fecha 24 de marzo de 2015 por la que se tiene a las partes por comparecidas y se cita a la vista principal. También se acompaña copia del acta de comparecencia de 16 de octubre de 2014 ante el mismo Juzgado.

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. Limitado el objeto de este expediente a los dos únicos motivos contenidos en el escrito de recurso, no puede ser estimado. Reuniendo la solicitante los requisitos previstos en el ordenamiento para que proceda la designación de auditor el recurso no puede prosperar pues ninguno de los motivos aducidos puede enervar el derecho reconocido en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

En primer lugar porque la afirmación de parte de que la solicitante es una mera titular fiduciaria a la que se transmitió en su día la condición de socio no tiene, por si sola, virtualidad para destruir la legitimación que deriva de su condición; condición de socio en virtud de adquisición por documentación pública que no niega 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 y resoluciones de este Centro de 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010, entre otras).

Consecuentemente, no procede ningún pronunciamiento en relación a las cuestiones planteadas por las partes en este expediente y que son ajenas a su naturaleza y objeto.

2. Igual suerte desestimatoria merece el motivo que hace referencia a que la cuestión se encuentra en trámites judiciales. Ciertamente 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), que procede la suspensión del procedimiento cuando, con anterioridad a la presentación de la instancia del socio en el Registro Mercantil solicitando la auditoría, se está discutiendo en vía judi-

cial su legitimación, bien porque se discuta su condición de socio, bien porque se discuta el porcentaje de participación en el capital social, bien para discutir si el solicitante es titular de participaciones concretas o bien de un porcentaje sobre un conjunto de ellas. El hecho de que el conocimiento de la cuestión debatida este siendo ejercitada por los Tribunales impide que esta Dirección se pronuncie en tanto no exista una resolución judicial firme al respecto.

Sin embargo la sociedad recurrente no ha aportado documentación de la que resulte alguna de las anteriores circunstancias. De la documentación aportada resulta ciertamente que en el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Elche existe planteada una cuestión entre las partes pero ni resulta cual sea esta ni que de la misma resulte una situación de incertidumbre sobre la titularidad de las participaciones de la solicitante que justifique la suspensión de este procedimiento.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Alicante núm. II, don Antonio Arias Fuentes de fecha 21 de abril de 2015.

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

Madrid, 27 de julio de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállico. Sr. Registrador Mercantil de Alicante.

Resolución de 27 de julio de 2015 (5.^a)

En el expediente 129/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Hércules de Armamento, S.L.».

HECHOS

I

Don, en su propio nombre y como administrador de la sociedad «Businessnear, S.L.», presentó un escrito de fecha 31 de marzo de 2015, con sello de imposición de Correos en A Coruña de fecha 31 de marzo de 2015, dirigido al Registro Mercantil de La Coruña, en el que tuvo su entrada el 6 de abril 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 tanto en nombre propio como su representada de más del 5% del capital social de «Hércules de Armamento, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la sociedad ha llevado a cabo al nombramiento voluntario de auditores para la verificación de las cuentas de los ejercicios 2014-2016 en el mes de marzo, acompañándose carta de encargo de fecha 27 de marzo de 2015 y firmada por la representación de la sociedad y por el de la sociedad «Auditores de Finanzas Asociados, S.L.».

III

El registrador mercantil de A Coruña, don Hermes Rego Valcarce dictó Resolución en fecha 5 de mayo de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Doña, actuando en representación como apoderada de la sociedad, por escrito de fecha 14 de mayo de 2015, que tuvo entrada el día 18 inmediato posterior en el Registro Mercantil de La Coruña, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos.

El solicitante, en el mismo concepto en que realizó la solicitud, presenta un escrito de alegaciones de fecha 16 de junio de 2015 en el que afirma que, como resulta de la resolución impugnada, reúne todos los requisitos para que proceda el nombramiento. Que además la doctrina de esta Dirección así lo confirma como la derivada de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 31 de octubre de 2013 (301/13), en un supuesto idéntico.

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 la cuestión de cómo resolver la colisión entre la solicitud de nombramiento de auditor que lleva a cabo un socio minoritario al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y el nombramiento voluntario que lleva a cabo por su parte la sociedad.

De forma reiteradísima (Resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012 y 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, entre otras muchas), este Centro Directivo ha mantenido que la finalidad del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital es la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la estructura empresarial, para lo cual dicho artículo reconoce y regula el derecho a la verificación de la contabilidad social por un profesional independiente nombrado por el Registrador Mercantil a instancia de los socios que reúnan un mínimo de participaciones sociales o acciones equivalentes al 5% del capital social y siempre que presenten su solicitud en los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social.

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

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

Ahora bien, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable ha de cumplir dos condiciones

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

2. En el expediente que da lugar a la presente resulta que la sociedad acredita haber procedido a un nombramiento anterior a la solicitud del socio minoritario sin que exista motivo, dada la cercanía de fechas, para poner en tela de juicio su veracidad.

Ahora bien, aunque la sociedad ha justificado debidamente la existencia de nombramiento de auditor con carácter previo a la solicitud de los socios no ha acreditado en modo alguno que se haya adoptado un mínimo de acciones que permita reconocer que el derecho de acceso al informe de verificación contable se ha salvaguardado. Iniciado el procedimiento a que se refiere el artículo 265. 2 de la Ley de Sociedades de Capital el interés protegible consistente en la pretensión de que las cuentas de la sociedad sean sometidas al examen de un auditor con el fin de determinar si expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación (art. 1.3 de la Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas), debe ser garantizado bien porque el registrador mercantil designe auditor sin cuyo informe se impida el depósito de las cuentas anuales bien porque el auditor voluntario previamente designado conlleve el mismo efecto jurídico. De otro modo la finalidad del nombramiento de auditor y la satisfacción del interés protegible quedaría burlada. No resultando en definitiva que la sociedad haya procedido en alguno de los modos descritos no queda sino desestimar el recurso.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de A Coruña, don Hermes Rego Valcarce dictó de fecha 5 de mayo de 2015.

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

Madrid, 27 de julio de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador Mercantil de A Coruña.

Resolución de 28 de julio de 2015

En el expediente 112/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Hermanos Saenz de Tejada, S.L.».

HECHOS

I

Doña, presentó un escrito de fecha 30 de marzo de 2015, dirigido al Registro Mercantil de La Rioja, 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 «Hermanos Saenz de Tejada, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

Requerida por la registrador para que subsanara su instancia se llevó a cabo mediante escrito de fecha 14 de abril de 2015 con entrada el mismo día en el Registro Mercantil.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando que la firma que aparece en la instancia no coincide con la que consta en los archivos de la sociedad por lo que carece de validez.

III

La registradora mercantil de La Rioja, doña María Celia Meneses Martínez-Bernal dictó resolución en fecha 4 de mayo de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Doña, por escrito de fecha 28 de mayo de 2015, con sello de imposición de la Oficina de Correos de Logroño del mismo día, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: 1.º Que no existe coincidencia en la firma que se refleja en los escritos presentados con la del Documento Nacional de Identidad de la socia. 2.º Que del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital resulta que la solicitud debe ir firmada por el socio. Que también cabría que fuese firmada por un apoderado lo que no resulta de la instancia presentada. Que la existencia de serias dudas sobre la realidad de la firma impide afirmar que coincide con la persona que encabeza los escritos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. El único motivo que consta en el escrito de recurso y que hace referencia a la posible falsedad de la firma o de su pertenencia a persona distinta de la socia solicitante no puede ser estimado.

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

Al respecto, es doctrina reiterada de esta Dirección General (*vide* resoluciones de 26 de junio, 30 de julio y 5 de agosto de 2014 y 26 de mayo de 2015 entre las más recientes), que si la sociedad entiende que la solicitud ha sido llevada a cabo con suplantación de personalidad o por persona distinta de aquella que firma la instancia correspondiente tiene abierta la vía jurisdiccional en defensa de su posición jurídica. Este Centro Directivo limita su competencia a la determinación de si concurren o no los requisitos establecidos en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital para la designación por parte del registrador mercantil de un auditor que lleve a cabo la verificación de las cuentas anuales del último ejercicio. Consecuentemente esta Administración no puede entrar a valorar circunstancias que escapan de su competencia y que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la Constitución Española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial).

2. Presentada instancia firmada por quien afirma ser socio de la sociedad no cabe en consecuencia que en el estrecho ámbito de este procedimiento se haga pronunciamiento alguno sobre la veracidad de la firma.

Si la sociedad considera que la instancia ha sido firmada por persona distinta a quien ostenta la cualidad de socio puede accionar en defensa de su derecho por las vías previstas en el ordenamiento jurídico pero no puede pretender que esta Administración asuma la defensa de su posición jurídica en el

ámbito de un procedimiento limitado por su competencia, objeto, conocimiento y efectos.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de La Rioja, doña María Celia Meneses Martínez-Bernal de fecha 4 de mayo de 2015.

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

Madrid, 15 de julio de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador Mercantil de La Rioja.

Resolución de 29 de julio de 2015

En el expediente 73/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de una interesada de «Ferretería Rodríguez Araña, S.L.».

HECHOS

I

Doña, presentó un escrito de fecha 24 de marzo de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Las Palmas de Gran Canaria, en el que tuvo su entrada el día 25 de marzo de 2015, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Ferretería Rodríguez Araña, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

Acompaña copia de la escritura de constitución de la sociedad de la que resulta que don casado en gananciales con doña....., suscribe sesenta de las cien participaciones sociales adquiriendo la condición de socio.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando la falta de legitimación de la solicitante al haber sido desembolsadas con dinero privativo las participaciones de la misma, y, en consecuencia tener carácter privativo y no ganancial las mismas, no operando el artículo 1361 del Código Civil que establece la presunción de ganancialidad respecto a

los bienes existentes en el matrimonio cuya privaticidad no puede demostrarse. Acompaña actas de manifestaciones en apoyo de su pretensión.

III

El Registrador Mercantil de Las Palmas de Gran Canaria, don Adolfo Calandria Amiguete dictó Resolución en fecha 15 de abril de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado al no entender justificado el carácter privativo de las mencionadas participaciones, no quedando desvirtuada la presunción de ganancialidad recogida en el Código Civil.

IV

Don, como administrador único, por escrito de fecha 29 de abril de 2015, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Las Palmas de Gran Canaria, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos y añadiendo que actuando así el señor registrador vulnera la Jurisprudencia del Tribunal Supremo con respecto a la valoración probatoria de las actas de manifestaciones.

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 así como las resoluciones citadas en el texto.

1. Vuelve a plantearse ante esta Dirección la cuestión de la legitimación del cónyuge del socio para instar el nombramiento de auditor cuando resulta de la documentación aportada el carácter ganancial de las participaciones.

Esta Dirección General ha reiterado (*vide* Resoluciones de 16 de mayo de 2012 y 4 de noviembre de 2013 por todas), que en el supuesto de participaciones sociales adquiridas por un cónyuge constante matrimonio existe una cotitularidad sobre todos los bienes que integran la comunidad ganancial que excluye la atribución de cuotas partes sobre los mismos, por tratarse de una comunidad germánica, en la que está vedada la disposición de los bienes por uno solo de los cónyuges sin perjuicio de la previsión del artículo 1384 del Código Civil. Como quiera que el ejercicio del derecho a la verificación contable no entraña ninguna facultad de disposición, sino que se ubica dentro de los actos de gestión y buena administración por ser su finalidad la de conocer la verdadera situación financiera y patrimonial de la empresa, se ha de concluir que los cónyuges están legitimados indistintamente para obtener el nombramiento registral de auditor de cuentas.

2. La doctrina anterior no puede ser mantenida pues no es conforme con la propia de los órganos jurisdiccionales a la que esta Administración debe acomodarse. Dichos órganos han ido conformando una doctrina basada en la distinción entre los efectos que el carácter ganancial de las acciones o participaciones tiene entre los cónyuges con el carácter personal de la relación entre la sociedad y el socio titular de modo que aquellos no pueden interferir en el funcionamiento de esta. El carácter ganancial o no de acciones o participaciones es una cuestión ajena a la condición de socio que en nuestro ordenamiento mercantil se vincula exclusivamente a su titularidad, como a la misma se vincula el ejercicio de los derechos inherentes a tal condición. Como afirma el artículo 91 de la Ley de Sociedades de Capital: «Cada participación social y cada acción confieren a su titular legítimo la condición de socio y le atribuyen los derechos reconocidos en esta Ley y en los estatutos». En el mismo sentido, entre otros, los artículos 93, 99.1, 102, 104, 122, 126, 179, 183, 184, 188, 291, 292, 346, 353, 393 de la propia Ley de Sociedades de Capital.

Afirma la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 20 de julio de 1998 que: «... por ser cónyuge del socio, no se adquiere dicha condición, sino que tan solo se tiene posibilidad de ello por medio de un acto de transmisión». Y continúa: «Tampoco se trata de copropiedad de participaciones, pues en ese caso ambos cónyuges debían constar como copropietarios de las participaciones sociales y la designación formal a uno de ellos para el ejercicio de los derechos de socio (art. 35 Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada), circunstancias que no se especifican en el presente caso donde solo aparece uno de los cónyuges como socio fundador y único propietario de las participaciones sociales suscritas. El hecho de que el titular de las participaciones sociales se halle casado bajo el régimen de sociedad de gananciales, no hace más que otorgar una serie de derechos al cónyuge no titular sobre el valor económico de tales participaciones: a percibir dividendos, a una cuota determinada del valor de realización de las participaciones al momento de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales».

Con mayor despliegue argumentativo afirma lo siguiente la Audiencia Provincial de Madrid en su Sentencia de 18 de julio de 2000: «debe distinguirse, en las sociedades de capital, entre la titularidad de las participaciones y el derecho de asistencia a las Juntas. La seguridad jurídica en este tipo de sociedades, y la obligación legal de llevanza de un Libro Registro de Socios, implica que el ejercicio del derecho de asistencia a la Junta derive de la inscripción en el Libro Registro (art. 27 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada), o que se acredite frente a la sociedad, mediante documento público o escritura pública, que se es titular de los derechos políticos derivados de dichas participaciones (art. 26 de la Ley especial)». Y continúa: «El hecho de que el titular de las participaciones sociales, como ocurre en el caso de autos, se halle casado bajo el régimen de sociedad de gananciales, no hace más que otorgar una serie de derechos al cónyuge no titular sobre el valor económico de tales participaciones a percibir dividendos, a una cuota determinada del valor de realización de las participaciones al momento de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, pero no le

otorga derechos políticos frente a la sociedad salvo representación del titular (art. 49 de la Ley especial). Pero es que, aunque no fuera así y se considerara la existencia de una cotitularidad compartida sobre las participaciones, entraría en juego lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley especial, para supuestos de cotitularidad o copropiedad de participaciones, esto es, los cónyuges copartícipes habrían de designar una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio, designación que debería notificarse a la sociedad previamente a la Junta e inscribirse en el Libro Registro de socios, en aras de la seguridad jurídica y en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 26 y 27 de la Ley especial ya citados».

Y con toda contundencia la Audiencia Provincial de Murcia en su Sentencia de 19 de octubre de 2004: «los títulos valores tienen dos facetas, una patrimonial y otra societaria, la primera comprendería la relación interna, esto es, la titularidad real, que en este caso es la sociedad ganancial, y la segunda afecta a su vertiente externa, la actuación frente a terceros, en que necesariamente ha de intervenir una sola persona física o jurídica...» Y termina: «Además, la solución es coherente con lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, que expresamente ordena que en los supuestos de cotitularidad de derechos sobre participaciones, los cotitulares habrán de designar a una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio. Esta tesis viene confirmada por la Dirección General de Registros y del Notariado, en Resolución de 25 de mayo de 1987, citada por la propia recurrente, en la que se señala que «en tanto que bien ganancial, la participación social estará sujeta al régimen de gestión de los bienes gananciales, en el que, si bien es regla general la cogestión, es indudable la aplicación del inciso primero del artículo 1.384 del Código civil, en cuanto proclama la validez de los actos de administración realizados unilateralmente por el cónyuge a cuya nombre figuren. Por tanto, si la renuncia a la suscripción preferente de acciones se considera un acto de disposición, como sostiene la actora, o si se califica de acto de administración, como viene a defender la apelada al equipararlo con el no ejercicio de un derecho, la realidad es que el mismo no necesitaba el consentimiento de la cotitular patrimonial porque expresamente lo autoriza el artículo 1.384, con independencia de que sea a título gratuito u oneroso, sin necesidad de entrar en mayores disquisiciones».

3. 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).

4. Aplicadas las consideraciones anteriores al supuesto que provoca la presente es forzoso estimar el recurso si bien no por el motivo que contiene el escrito de recurso sino porque, sin necesidad de pronunciarse sobre el carácter ganancial o no de las participaciones sociales, lo cierto es que es indubitado que la condición de socio no recae en la persona de la solicitante de donde se sigue su falta de legitimación para la solicitud.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la resolución del Registrador Mercantil de Las Palmas de Gran Canaria don Adolfo Calandria Amigueti, de fecha 15 de abril de 2015.

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

Madrid, 29 de julio de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador Mercantil de Las Palmas de Gran Canaria.

Resolución de 2 de septiembre de 2015 (1.^a)

En el expediente 118/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Covairu, S.L.».

HECHOS

I

Doña, presentó un escrito de fecha 13 de enero de 2015, dirigido al Registro Mercantil de La Rioja, 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 «Covairu, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014. La instancia fue subsanada mediante escrito de 17 de febrero de 2015 que tuvo entrada en el Registro Mercantil el mismo día.

II

Mediante Oficio de fecha 24 de febrero de 2015, la registradora mercantil de La Rioja dio traslado a la sociedad a los efectos del artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil. Resulta del expediente que dicho oficio se notificó mediante correo certificado con acuse de recibo dirigido al domicilio social en Logroño, calle Gonzalo de Berceo 54, 1.º B. Del certificado de correos que consta en el expediente resulta que la notificación se practicó el día 6 de marzo de 2015 mediante entrega a la persona de don, constando firma y su DNI. La sociedad no formuló oposición.

III

La registradora mercantil de La Rioja, doña María Celia Meneses Martínez-Bernal dictó Resolución en fecha 18 de marzo de 2015 por la que acordó proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don, como administrador solidario, por escrito de fecha 8 de abril de 2015, que tuvo entrada el día siguiente en el Registro Mercantil de La Rioja, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a: 1.º Que ha recibido la notificación de la resolución de 18 de marzo de 2015 por la que se acuerda la procedencia del nombramiento de auditor. Que es la primera notificación que recibe por lo que deberá repetirse la notificación de la registradora en garantía de su derecho de defensa. 2.º Que la solicitud no expresa su causa como exige el artículo 351 del Reglamento del Registro Mercantil.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. La sociedad plantea una cuestión procedimental que procede resolver en primer lugar por afectar a la propia validez de los trámites llevados a cabo en la instrucción del expediente. En concreto alega en su escrito de recurso que no se le dio oportuno traslado de la documentación en la que el solicitante basó su pretensión por lo que se ve forzada a recurrir ante esta Direc-

ción sin conocer dicho título legitimador provocándole una situación de indefensión de su posición jurídica. A su juicio esta situación implica la necesidad de reiterar la notificación y reanudar el procedimiento desde ese momento.

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...»

Al respecto, es doctrina reiterada de esta Dirección General que el Reglamento del Registro Mercantil establece la obligación de notificar la solicitud del socio minoritario a la sociedad a auditar en el lugar o domicilio que haya indicado el solicitante (art. 351.1.2.º). Cuando no coincida con el domicilio social inscrito el registrador debe actuar con la máxima prudencia pues entre sus obligaciones está la de asegurarse que el traslado de la solicitud se haga de modo que quede constancia de su entrega (art. 354.1.2 del mismo reglamento). El registrador, en cuanto autoridad señalada por el ordenamiento para llevar a cabo la designación de auditor, ha de evaluar en cada caso concreto si el domicilio señalado por la instancia es idóneo para asegurar la efectividad de la recepción, circunstancia que no siempre será sencilla a falta de datos que permitan tener dicho domicilio por tal en contra del pronunciamiento registral sobre cuál es el centro de imputación jurídica de la sociedad (arts. 40 y 41 del Código Civil). En caso de duda debe acudirse a una doble notificación, evitándose así en todo caso que quede al arbitrio de una de las partes, el del solicitante de la auditoría, el cumplimiento eficaz de la notificación y como consecuencia el ejercicio del derecho de oposición de la sociedad (*vide* arts. 9 y 10 de la Ley de Sociedades de Capital).

Ahora bien, aún si las notificaciones hubieran adolecido de defecto, si el interesado a pesar de la existencia de un defecto formal ejercita su derecho o no lo hace teniendo la oportunidad de hacerlo, no puede alegar conculcación de su posición jurídica.

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

procesal causó un perjuicio real y efectivo en las posibilidades de defensa..., privando o limitando su facultad de alegar y justificar sus derechos e intereses».

2. Del expediente que da lugar a la presente resolución resulta que la registradora mercantil de La Rioja notificó en el domicilio social de la sociedad y que dicha notificación fue recogida en el citado lugar según resulta del certificado de la oficina de Correos (*vide* hechos). No procede sino desestimar la pretensión de la sociedad de que el procedimiento se retrotraiga y se reitere la notificación prevista en el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil.

Sin perjuicio de lo anterior y como resulta de las consideraciones más arriba expuestas, la sociedad ha tenido oportunidad de ejercer sus derechos a oponerse a la solicitud del socio minoritario por lo que no cabe sino reiterar que su posición jurídica no ha sufrido daño alguno que imponga la anulación del procedimiento.

3. Igual destino desestimatorio le corresponde a la afirmación del escrito de recurso de que la solicitud no expresa la causa en que se fundamenta. La inexpressión de causa de la solicitud no puede enervar el derecho del socio minoritario. Es constante doctrina de este Centro que, a diferencia de las solicitudes de nombramiento registral de auditor para las sociedades obligadas por ley a la verificación contable y fundadas en el artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital, en aquellas otras, exentas de esta obligación, la causa de la petición es siempre y típicamente la misma: la inexistencia de una auditoría previa. Dicha circunstancia determina la existencia de un interés protegible que se reconoce a los socios minoritarios y la consecuente atribución del derecho a solicitar que se lleve a cabo la verificación. Por ello, el artículo 359 del Reglamento del Registro Mercantil que articula el procedimiento para la tramitación de las solicitudes fundadas en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, no exige su expresión, de alcance puramente formal, pues, como ya se ha indicado, la inexpressión de la causa de la petición o su expresión inadecuada es intrascendente en este procedimiento de nombramiento registral de auditor a instancia de los socios minoritarios de entidades mercantiles (en este sentido pueden verse las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 12 y 23 de julio, 7 de octubre de 2010 y 11 y 31 de marzo, 4 y 11 de junio, 24 y 30 de julio y 4 y 5 de agosto de 2014 entre otras muchas).

En su virtud esta Dirección General acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de la Rioja, doña María Celia Meneses Martínez-Bernal de fecha 18 de marzo de 2015.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándoles que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente recla-

mación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 2 de septiembre de 2015.—Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.—Sra. Registradora Mercantil de La Rioja.

Resolución de 2 de septiembre de 2015 (2.^a)

En el expediente 126/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de una mercantil socia de «Primeuve, S.L.».

HECHOS

I

«Inverquesada, S.L.» presentó un escrito de fecha 27 de marzo de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el 30 de marzo de 2015, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Primeuve, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

Mediante diligencia de mejor proveer dictada el 1 de abril de 2015, la registradora requirió a la mercantil solicitante para que, en el plazo de 10 días, identificase a la persona que firmó la instancia e indicase el concepto en que intervino en representación de «Inverquesada, S.L.», con el apercibimiento de que, de no hacerlo, se le tendría por desistida de su petición.

III

Mediante escrito de fecha 20 de abril de 2015, que tuvo entrada en el Registro Mercantil de Madrid el día 22 de abril de 2015, don se identificó como Administrador Solidario de la mercantil «Inverquesada, S.L.» y aportó fotocopia de la Escritura de Elevación a Público de Acuerdos Sociales autorizada por el Notario de Madrid don Fernando Fernández Medina el día 15 de febrero de 2012 número 273 de protocolo, de la que resulta la citada condición.

IV

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que al no constarle la fecha de recepción de la diligencia de mejor proveer meritada, y tomando como base la fecha en que se dictó, habría de entenderse que la solicitante desistió de su petición por aplicación de lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común por haber sido presentada el 22 de abril de 2015, esto es, extemporáneamente. 2.º Falta de acreditación suficiente de la legitimación del solicitante por no justificarse la inscripción de los referidos acuerdos sociales en el Registro Mercantil, así como de la vigencia de su cargo a fecha de la petición.

V

La registradora mercantil de Madrid notificó a la sociedad cuya auditoría se pretende copia de la instancia en que se solicita la auditoría, y en concreto, por lo que aquí nos interesa, la fecha de recepción de la diligencia de mejor proveer remitida a la mercantil peticionaria, para que, si lo estimase procedente, formulase oposición en el plazo de cinco días a contar desde la recepción de la notificación.

VI

La registradora mercantil de Madrid, doña Isabel Adoración Antoniano González dictó Resolución en fecha 11 de mayo de 2015 por la que acordó no haber lugar a la oposición formulada y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

VII

Don, por escrito presentado en la Oficina de Correos de Madrid el 5 de junio de 2015, que tuvo entrada en el Registro Mercantil de Madrid el 9 de junio de 2015, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base al siguiente argumento: 1.º Debió entenderse que la sociedad solicitante de la auditoría desistió de su petición al no haber aportado, en el plazo improrrogable de 10 días conferido en la diligencia de mejor proveer, la documentación requerida para subsanar los defectos de que adolecía. Para sostener su pretensión aduce que la notificación del requerimiento formulado por la registradora se produjo el 8 de abril de 2015 y que la documentación solicitada tuvo entrada en el Registro Mercantil de Madrid el día 22 de abril de 2015, por lo tanto, una vez transcurrido el plazo conferido al efecto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 47, 48, 71, 89, 107 y 113 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

1. Debe ser estimado el primer y único motivo de recurso invocado por la recurrente como fundamento de su pretensión consistente en que la solicitante no aportó en plazo la documentación requerida al efecto por la registradora mercantil de Madrid. Del expediente resulta que la instancia presentada por la peticionaria de la auditoría adolecía del defecto de no identificar la persona física que actuaba en representación de la sociedad, así como el concepto en el que intervenía, al ser la solicitante de la auditoría una sociedad limitada. La diligencia de mejor proveer en que se requería a «Inverquesada, S.L.», para que aportase la documentación pertinente hacía advertencia expresa de que, de no presentar la documentación requerida en el plazo de diez días se le tendría por desistida de su petición conforme a lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. En el caso que nos ocupa dicha notificación fue recibida, según el acuse de recibo, el día 8 de abril de 2015, no habiéndose presentado en el Registro Mercantil de Madrid la documentación solicitada hasta el día 22 de abril de 2015. De todo ello resulta que la aportación fue extemporánea. En este sentido se pronuncia el primer párrafo del artículo 71 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y Procedimiento Administrativo Común cuyo tenor literal es el siguiente «Si la solicitud del interesado no reúne los requisitos que señala el artículo anterior y los exigidos, en su caso, por la legislación específica aplicable, se requerirá al interesado para que, en un plazo de diez días, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición, previa resolución que deberá ser dictada en los términos previstos en el artículo 42». El meritado precepto hay que ponerlo en relación con los artículos 47 y 48 del mismo cuerpo legal. El primero de ellos establece la obligatoriedad de los plazos establecidos en las leyes y el segundo regula el cómputo de los plazos. Este último dispone en su párrafo primero «Siempre que por Ley o normativa comunitaria no se exprese otra cosa, cuando los plazos se señalen por días, se entiende que éstos son hábiles, excluyéndose del cómputo los domingos y los declarados festivos». En el caso que nos ocupa mediaron, entre el requerimiento y la aportación, una vez excluidos los domingos y no habiendo festividad alguna en dicho término, 12 días hábiles por lo que fue presentada fuera de plazo. Este plazo tiene naturaleza preclusiva y por lo tanto, de no cumplirse, conlleva la sanción de carecer de eficacia aquellos actos que se cumplan fuera del mismo, lo que implica en el caso particular, que a la sociedad solicitante ha de tenérsela por desistida en el procedimiento. Esta solución se justifica, entre otros argumentos, en la finalidad de evitar la dilación indebida de los procedimientos.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la resolución de la registradora mercantil de Madrid, doña Isabel Adoración Antoniano González, de fecha 11 de mayo de 2015.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significándo-

les que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 2 de septiembre de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállico.–Sra. Registradora Mercantil núm. I de Madrid.

Resolución de 2 de septiembre de 2015 (3.ª)

En el expediente 127/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Prascia, S.L.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito de fecha 18 de marzo de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Prascia, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la solicitud no cumple los requisitos previstos en el Reglamento del Registro Mercantil al no constar la causa de la solicitud. 2.º Que la sociedad ya ha encargado la verificación de las cuentas de 2014.

A requerimiento del Registro Mercantil la sociedad presentó para su inscripción la documentación relativa a la designación de auditor para los ejercicios 2014- 2016. El documento por el que la firma de auditoría acepta la designación está fechado el día 21 de abril de 2015.

III

La registradora mercantil de Barcelona núm. I, doña Dolores Fernández Ibáñez dictó Resolución en fecha 11 de mayo de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don, como administrador de la sociedad, por escrito de fecha 2 de junio de 2015, que tuvo entrada el día siguiente en el Registro Mercantil de Barcelona, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos añadiendo que: 1.º Que no puede pretenderse al tiempo de la formulación de la solicitud por el socio minoritario que se tenga confeccionada la auditoría, cumplimiento imposible porque las cuentas se formulan en el primer trimestre del ejercicio; que el registrador tendría que haber concedido un plazo y al no hacerlo presume que el informe no está realizado. 2.º Que no es relevante la fecha de aceptación del cargo de auditor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. Esta Dirección General ha tratado la cuestión que se plantea en este expediente en numerosas ocasiones (Resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012 y 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, entre otras muchas), por lo que no procede sino aplicar la doctrina tantas veces formulada. De acuerdo a la misma, la finalidad del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital es la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la estructura empresarial, para lo cual dicho artículo reconoce y regula el derecho a la verificación de la contabilidad social por un profesional independiente nombrado por el Registrador Mercantil a instancia de los socios que reúnan un mínimo de participaciones sociales o acciones equivalentes al 5% del capital social y siempre que presenten su solicitud en los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social.

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

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

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

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

2. En el expediente que da lugar a la presente la sociedad no ha conseguido enervar la pretensión del socio minoritario. Para que así hubiera sido habría sido preciso que la sociedad justificase la salvaguarda del derecho individual del socio, cosa que no ha ocurrido. Ciertamente tiene razón la sociedad cuando afirma que no se puede pretender que el informe de verificación esté completado en fecha cercana a la del cierre de ejercicio. Sin embargo es preciso tener en cuenta: a) que la sociedad no está obligada a verificación por lo que su contabilidad no tiene porqué revestir una especial complejidad (*vide* arts. 254, 257, 258 y 261 en relación al art. 263 de la Ley de Sociedades de Capital); b) que la sociedad no ha verificado la inscripción del nombramiento de auditor en el Registro Mercantil, inscripción que se puede verificar sin necesidad de elevar a público el acuerdo del órgano de administración (arts. 154 y 192 en relación al 141 del Reglamento del Registro Mercantil); c) que de conformidad con el artículo 270 de la Ley de Sociedades de Capital el plazo ordinario para la elaboración del informe de verificación es el de un mes desde que se haya puesto a disposición del auditor la documentación oportuna.

tuna; d) que al tiempo de emitir esta resolución han transcurrido más de seis meses desde el cierre del ejercicio social, plazo en el que la Junta Ordinaria de la sociedad debe aprobar las cuentas anuales previa convocatoria, momento en el que ya debe existir el informe de verificación a disposición de los socios (art. 164 en relación al 272 de la Ley de Sociedades de Capital); e) que de lo anterior resulta que ha transcurrido un plazo razonable para la emisión del informe de verificación y sin embargo la sociedad no lo ha aportado al expediente ni ha justificado en modo alguno que lo ha puesto a disposición del socio minoritario (*vide* art. 8 del Real Decreto 1517/2011, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas).

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Barcelona núm. I, doña Dolores Fernández Ibáñez de fecha 11 de mayo de 2015.

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

Madrid, 2 de septiembre de 2015.—Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.—Sra. Registradora Mercantil núm. I de Barcelona.

Resolución de 2 de septiembre de 2015 (4.^a)

En el expediente 130/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Meribin 8 Cel, S.L.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito de fecha 4 de marzo de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 25 inmediato posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Meribin 8 Cel, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que el socio viene solicitando designación de auditor desde 2005 por lo que la sociedad acordó designar auditor voluntario para los ejercicios 2014 a 2016 por lo que no procede el nombramiento. 2.º Que la designación de auditor fue presentada en el Registro Mercantil de Madrid habiendo sido calificada por defectos subsanables.

El registrador mercantil de Madrid núm. 3, requirió a la sociedad para que justificase en el plazo de diez días haber procedido a la entrega del informe de verificación al socio o para que lo incorporase al expediente. La sociedad contestó por escrito de fecha 11 de mayo de 2015 afirmando que no se comprendía el plazo de diez días siendo que el plazo para el depósito de las cuentas es de un mes desde la celebración de la Junta que las apruebe por lo que se solicita una ampliación del plazo.

III

El registrador mercantil de Madrid núm. III, don Jorge Salazar García dictó Resolución en fecha 19 de mayo de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don y doña....., como administradores mancomunados, por escrito de fecha 15 de junio de 2015, que tuvo entrada el día 18 inmediato posterior en el Registro Mercantil de Madrid, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: 1.º Que su solicitud de oposición debe ser estimada por silencio administrativo de conformidad con el artículo 43 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre por cuanto el escrito de alegaciones tuvo entrada el 11 de mayo y la resolución es de fecha 19 de mayo de 2015. 2.º Que existe una clara vulneración de los derechos de la sociedad al no haberse concedido un plazo superior al de diez días teniendo en cuenta el plazo contemplado en el artículo 270 de la Ley de Sociedades de Capital. 3.º Que acompañan el informe de los auditores designados de fecha 22 de mayo de 2015. 4.º Que se solicita la suspensión del acuerdo del registrador de conformidad con la previsión del artículo 111.2 de la Ley de procedimiento.

Al escrito de recurso se acompaña informe de verificación de la sociedad «Meribin 8 Cel, S.L.», realizado por la sociedad «Iberaudit Kreston MRMD Audiconsulting, S.L.P.», de fecha 22 de mayo de 2015

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. La cuestión planteada ha sido objeto de una dilatadísima doctrina de esta Dirección General que no procede sino reiterar en este expediente. De forma continua (Resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012 y 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, entre otras muchas), este Centro Directivo ha mantenido que la finalidad del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital es la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la estructura empresarial, para lo cual dicho artículo reconoce y regula el derecho a la verificación de la contabilidad social por un profesional independiente nombrado por el Registrador Mercantil a instancia de los socios que reúnan un mínimo de participaciones sociales o acciones equivalentes al 5% del capital social y siempre que presenten su solicitud en los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social.

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

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

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

2. En el expediente que da lugar a la presente, y sin necesidad de entrar en otras cuestiones planteadas por el recurrente, resulta que se acompaña al escrito de recurso el informe de verificación de cuentas de la sociedad referido al ejercicio respecto del que ejerció su derecho el solicitante. Resulta forzoso entender que el interés que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital pretende proteger está debidamente salvaguardado por cuanto la pretensión de que las cuentas de la sociedad sean sometidas al examen de un auditor con el fin de determinar si expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación, ha sido debidamente cumplimentado (art. 1.3 de la Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas). Procede en consecuencia la estimación del recurso. Ni jurídica ni económicamente tendría justificación la designación de un nuevo auditor que llevase a cabo la misma tarea de verificación que se ha realizado. Como pone de relieve la sentencia citada de nuestro Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2007, la pretensión de que se lleve a cabo una nueva auditoría referida al mismo ejercicio debe ser rechazada por innecesaria sin perjuicio de la valoración jurídica que de tal pretensión puedan deducir los Tribunales de Justicia (Fundamento de Derecho segundo in fine).

En su virtud, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Madrid núm. III, don Jorge Salazar García de fecha 19 de mayo de 2015.

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

Madrid, 2 de septiembre de 2015.—Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.—Sr. Registrador Mercantil núm. III de Madrid.

Resolución de 8 de septiembre de 2015 (1.ª)

En el expediente 18/2015 sobre nombramiento de auditor nombrado a instancia de una socia de la mercantil «Luis Miguel López Instalaciones Eléctricas, S.L.».

HECHOS

I

Doña, presentó un escrito de fecha 20 de enero de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo entrada el 29 de enero de 2015, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 359 del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Luis Miguel López Instalaciones Eléctricas, S.L.», el nombramiento de un auditor de cuentas que verifique las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014. La solicitante alega que la participación societaria le viene otorgada por su condición de partícipe de la sociedad de gananciales formada por su matrimonio con don, Se acompañan los siguientes documentos: 1.º) Fotocopia de Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Collado Villalba por la que se declara el divorcio de mutuo acuerdo. 2.º) Fotocopia de la escritura de constitución de la sociedad de responsabilidad limitada denominada «Luis Miguel López Díez, S.L.», autorizada por el Notario de Majadahonda don José-Ramón Rego Lodos el 26 de abril de 2007, número 1358 de protocolo. 3.º) Escritura de elevación a públicos de acuerdos sociales de la sociedad «Luis Miguel López Instalaciones Eléctricas, S.L.», autorizada por el Notario de Majadahonda don Emilio López Melida el 12 de abril de 2013, número 195 de protocolo.

II

La sociedad se opuso a la pretensión de la socia alegando: 1.º La no condición de socia de la solicitante. Únicamente concurrió a la constitución de la sociedad el ex marido de la solicitante, sin que constase que el importe utilizado para adquirir las participaciones hubiese sido ganancial, ni que doña..... ostentase la condición de socia. Tampoco consta en el título de constitución que el compareciente adquirió para su sociedad de gananciales. La condición de socio es *intuitu personae*. Sólo existe cotitularidad ganancial cuando ambos cónyuges adquieren conjuntamente y comparecen e intervienen en la escritura de constitución de la sociedad. En aplicación del artículo 126 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital la solicitante debería dirigir la petición a su ex marido para que éste solicite el nombramiento de auditor. La solicitante no figura como socia en el libro-registro. 2.º El único y verdadero interés de la solicitante no es otro que conocer el valor real de las participaciones sociales para realizar la liquidación de la sociedad de gananciales con motivo del divorcio entre los cónyuges. Intento de uso fraudulento del derecho reconocido en el artículo 265.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital. 3.º Delicada situación económica de la empresa y la imposibilidad de soportar el pago de un auditor. Como consecuencia de la grave situación económica se ha acordado en Junta General celebrada el 20 de enero de 2015 proceder a la disolución de la sociedad.

III

La Registradora Mercantil de Madrid I dictó resolución en fecha 18 de febrero de 2015 por la que acordó desestimar la oposición efectuada disponiendo que es procedente el nombramiento de auditor de cuentas para la revisión de las cuentas anuales correspondiente al ejercicio 2014 de la sociedad «Luis Miguel López Instalaciones Eléctricas, S.L.».

IV

Don y don, en su calidad de administradores solidarios de la mercantil «Luis Miguel López Instalaciones Eléctricas, S.L.», presentaron un escrito suscrito el día 12 de marzo de 2015, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Madrid, mediante el cual interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, por las siguientes razones: 1.º La no condición de socia de la solicitante. Únicamente concurrió a la constitución societaria el ex marido de la solicitante, sin que constase que el importe utilizado para adquirir las participaciones hubiese sido ganancial, ni que doña..... ostentase la condición de socia. Tampoco consta en el título de constitución que el compareciente adquirió para su sociedad de gananciales. La condición de socio es *intuitu personae*. Sólo existe cotitularidad ganancial cuando ambos cónyuges adquieren conjuntamente y comparecen e intervienen en la escritura de constitución de la sociedad. La solicitante no consta no figura como socia en el libro-registro de socios. En aplicación del artículo 126 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital la solicitante debería dirigir la petición a su ex marido para que éste solicite el nombramiento de auditor. Lo que pretende la solicitante es asegurarse su cuota de liquidación de la sociedad de gananciales, no siendo éste el procedimiento adecuado. Previo requerimiento mediante diligencia de mejor proveer, los recurrentes incorporaron al expediente los siguientes documentos: 1.º Copia del testimonio de la Sentencia núm.34/14 de fecha 7 de marzo de 2014, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm.3 de Collado Villalba. 2.º Copia del testimonio del Convenio Regulador firmado en fecha 11 de diciembre de 2013. 3.º Copia del testimonio del Auto de fecha 23 de junio de 2014, que aclara un error en el apellido del Sr. López Díez.

Esta Dirección General de los Registros y del Notariado requirió a la sociedad por medio de diligencia de mejor proveer de fecha 9 de junio de 2015 para que aportase al expediente la sentencia de divorcio de continua referencia así como el convenio regulador.

Por medio de escrito de fecha 19 de junio de 2015, con entrada en el Registro General del Ministerio de Justicia el día 23 de junio de 2015, la sociedad llevó a cabo el cumplimiento del requerimiento aportando al expediente copia de la sentencia 34/2014 de 7 de marzo, copia del testimonio del convenio regulador de fecha 11 de diciembre de 2013 y copia del testimonio del auto de 23 de junio de 2014 de aclaración y rectificación de un error.

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, 126, 265.2, 272 de la Ley de Sociedades Capital; 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

1. Antes de entrar en el estudio de la primera y única causa de recurso aducida es preciso aclarar que el presente procedimiento tiene por objeto exclusivo resolver sobre si la petición de nombramiento de auditor, para que verifique las cuentas del ejercicio económico inmediatamente anterior, reúne los requisitos exigidos en el artículo 265.2 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, esto es, que el solicitante sea titular de participaciones que representen al menos el 5% del capital social y que la solicitud la haya formulado dentro de los tres meses siguientes a la fecha del cierre del ejercicio social. La cuestión principal que plantea el presente expediente, y de la que depende la concurrencia, o no, del primero de los requisitos consignados en el meritado artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital es determinar si en situación de comunidad postganancial el cónyuge no titular de las participaciones presuntivamente gananciales pendientes de liquidar está, o no, legitimado para solicitar el nombramiento de auditor para que verifique las cuentas del ejercicio económicamente.

2. Resultan hechos probados de la documentación aportada los siguientes:

a) Que por escritura pública autorizada por el notario de Madrid don José-Ramón Rego Lodos el día 26 de abril de 2007, número 1358 de protocolo, don, casado en régimen de gananciales con doña....., adquirió, como socio fundador, el 50% de las participaciones en que se dividía en capital social de «Luis Miguel López Instalaciones Eléctricas, S.L.».

b) Que por sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Collado Villalba de 7 de marzo de 2014, se declaró el divorcio entre los anteriores cónyuges y se aprobó judicialmente el convenio regulador, que no incluía referencia alguna a las participaciones sociales de «Luis Miguel López Instalaciones Eléctricas, S.L.».

3. La única razón del recurso esgrimida por los recurrentes se estructura a su vez en diferentes razonamientos en que se fundamenta su pretensión: 1.º La no condición de socia de la solicitante. Únicamente concurrió a la constitución societaria el ex marido de la solicitante, sin que constase que el importe utilizado para adquirir las participaciones hubiese sido ganancial, ni que doña..... ostentase la condición de socia. Tampoco consta en el título de constitución que el compareciente adquirió para su sociedad de gananciales. La condición de socio es «intuitu personae». Sólo existe cotitularidad ganancial cuando ambos cónyuges adquieren conjuntamente y comparecen e intervienen en la escritura de constitución de la sociedad. 2.º La solicitante no figura como socia en el libro-registro de socios. 3.º En aplicación del artículo 126 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital la solicitante debería dirigir la petición a su ex marido para que éste solicite el nombramiento de auditor. Lo que pretende la solicitante es asegurarse su cuota de liquidación de la sociedad de gananciales, no siendo éste el procedimiento adecuado.

4. Antes de resolver sobre los primeras alegaciones contenidas en el recurso, es preciso pronunciarse sobre el la repercusión que tiene el régimen económico matrimonial de gananciales sobre las participaciones que ostenta un socio con carácter presuntivamente ganancial así como la situación que se produce con la disolución de la sociedad de gananciales hasta que se lleva a cabo su liquidación.

Respecto de la primera cuestión, esta Dirección General ha mantenido tradicionalmente (*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 no puede ser mantenida pues no es conforme con la propia de los órganos jurisdiccionales a la que esta Administración debe acomodarse. Dichos órganos han ido conformando una doctrina basada en la distinción entre los efectos que el carácter ganancial de las acciones o participaciones tiene entre los cónyuges con el carácter personal de la relación entre la sociedad y el socio titular de modo que aquellos no pueden interferir en el funcionamiento de esta. Ciertamente, el carácter ganancial o no de acciones o participaciones es una cuestión ajena a la condición de socio que en nuestro ordenamiento mercantil se vincula exclusivamente a su titularidad, como a la misma se vincula el ejercicio de los derechos inherentes a tal condición. Como afirma el artículo 91 de la Ley de Sociedades de Capital: «Cada participación social y cada acción confieren a su titular legítimo la condición de socio y le atribuyen los derechos reconocidos en esta Ley y en los estatutos». En el mismo sentido, entre otros, los artículos 93, 99.1, 102, 104, 122, 126, 179, 183, 184, 188, 291, 292, 346, 353, 393 de la propia Ley de Sociedades de Capital.

Afirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 20 de julio de 1998 que: «... por ser cónyuge del socio, no se adquiere dicha condición, sino que tan solo se tiene posibilidad de ello por medio de un acto de transmisión». Y continúa: «Tampoco se trata de copropiedad de participaciones, pues en ese caso ambos cónyuges debían constar como copropietarios de las participaciones sociales y la designación formal a uno de ellos para el ejercicio de los derechos de socio (art. 35 LSRL), circunstancias que no se especifican en el presente caso donde solo aparece uno de los cónyuges como socio fundador

y único propietario de las participaciones sociales suscritas. El hecho de que el titular de las participaciones sociales se halle casado bajo el régimen de sociedad de gananciales, no hace más que otorgar una serie de derechos al cónyuge no titular sobre el valor económico de tales participaciones: a percibir dividendos, a una cuota determinada del valor de realización de las participaciones al momento de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales».

Con mayor despliegue argumentativo afirma lo siguiente la Audiencia Provincial de Madrid en su sentencia de 18 de julio de 2000: «debe distinguirse, en las sociedades de capital, entre la titularidad de las participaciones y el derecho de asistencia a las Juntas. La seguridad jurídica en este tipo de sociedades, y la obligación legal de llevanza de un Libro Registro de Socios, implica que el ejercicio del derecho de asistencia a la Junta derive de la inscripción en el Libro Registro (art. 27 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada), o que se acredite frente a la sociedad, mediante documento público o escritura pública, que se es titular de los derechos políticos derivados de dichas participaciones (art. 26 de la Ley especial)». Y continúa: «El hecho de que el titular de las participaciones sociales, como ocurre en el caso de autos, se halle casado bajo el régimen de sociedad de gananciales, no hace más que otorgar una serie de derechos al cónyuge no titular sobre el valor económico de tales participaciones a percibir dividendos, a una cuota determinada del valor de realización de las participaciones al momento de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, pero no le otorga derechos políticos frente a la sociedad salvo representación del titular (art. 49 de la Ley especial). Pero es que, aunque no fuera así y se considerara la existencia de una cotitularidad compartida sobre las participaciones, entraría en juego lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley especial, para supuestos de cotitularidad o copropiedad de participaciones, esto es, los cónyuges copartícipes habrían de designar una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio, designación que debería notificarse a la sociedad previamente a la Junta e inscribirse en el Libro Registro de socios, en aras de la seguridad jurídica y en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 26 y 27 de la Ley especial ya citados».

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

Notariado, en resolución de 25 de mayo de 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».

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. Establecido lo anterior corresponde determinar la situación que se produce en relación a las acciones o participaciones de naturaleza ganancial cuando se produce, por cualquier motivo, la disolución de la sociedad de gananciales.

Al respecto, tiene declarado esta Dirección General y, como ha mantenido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que tras la disolución del matrimonio se abre un periodo transitorio en el que subsiste una comunidad postganancial, en tanto no se proceda a su liquidación, en la que hay una cotitularidad sobre todos los bienes que la integran que excluye la atribución de cuotas partes sobre los mismos, por tratarse de una comunidad germánica, en la que está vedada la disposición de los bienes por cualquiera de los cónyuges pero,

en ningún caso lo está la administración y gestión de los mismos (sentencias del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1998 y 10 de julio de 2005).

En base a la misma doctrina se ha considerado reiteradamente por esta Dirección que acreditado el carácter ganancial de las participaciones y la concurrencia de causa de disolución, el cónyuge no titular estaba legitimado para el ejercicio del derecho reconocido en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital afirmando que no debe confundirse el supuesto de comunidad postganancial con el previsto en el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital, relativo a la copropiedad de participaciones y acciones, dado que se trata de comunidades de bienes radicalmente distintas.

8. Procede sin embargo revisar esta doctrina pues no existe una causa fundada para aplicar a la comunidad postganancial un régimen distinto del previsto por el ordenamiento para cualquier género de comunidad. Así lo expresa el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital con toda claridad: «La misma regla se aplicará a los demás supuestos de cotitularidad de derechos sobre participaciones o acciones». Así lo ha afirmado de forma reiterada esta Dirección en relación a otras comunidades de tipo germánico como la que surge al fallecimiento del socio titular entre los llamados a su herencia (Resoluciones de 28 de julio y 3 de noviembre de 2014).

Consecuentemente cuando se ponga de manifiesto ante la sociedad el hecho de la disolución de la sociedad de gananciales de la que forma parte el socio titular y la existencia de una situación de cotitularidad, 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 solo 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 concurren 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 solo 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. Del presente expediente resulta que las participaciones sociales de «Luis Miguel López Instalaciones, S.L.», de don fueron adquiridas con carácter presuntivamente ganancial, no siendo por tanto correctas algunas de las manifestaciones contenidas en el escrito de recurso que tratan de justificar el carácter privativo de las mismas en base a razonamientos tales como que doña..... no concurrió a la constitución de la sociedad, que no consta que el importe utilizado fuera ganancial, o que solo existe cotitularidad ganancial cuando ambos cónyuges adquieren conjuntamente y comparecen en la escritura de constitución de la mercantil. En el caso concreto el carácter presuntivamente ganancial resulta de lo dispuesto en el artículo 1361 del código Civil que dispone lo siguiente: «Se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente a uno solo de los cónyuges». Sin perjuicio de ello, de todo lo expuesto resulta que es de plena aplicación al caso la nueva doctrina de este Centro Directivo y que, por tanto, doña..... no está legitimada por sí sola para solicitar el nombramiento de un auditor para que verifique las cuentas del ejercicio 2014 de la mercantil «Luis Miguel López Instalaciones Eléctricas, S.L.».

10. Sin embargo, en otro orden de cosas, no puede ser estimada la alegación referente a que la solicitante no consta como socia en el libro-registro de socios. En este sentido se ha pronunciado en numerosas ocasiones este Centro Directivo manteniendo que la condición de socia no solo puede ser acreditada mediante su constancia en el citado libro-registro de socios, puesto que, de ser así, quedaría al arbitrio de una de las partes en este procedimiento el permitir el ejercicio del derecho que la Ley de Sociedades de Capital atribuye al socio minoritario que cumpla las condiciones que en el mismo se enumeran. Sobre este particular se pronuncia la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de agosto de 2012, entre otras.

11. De todo lo anterior, y en base a los mismos fundamentos, resulta que debe ser igualmente estimado el tercero de los razonamientos contenidos en el escrito de recurso con el fin de negar la legitimación de la solicitante según el cual, conforme al artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital, en caso de cotitularidad de participaciones sociales los cotitulares deberán designar una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio, lo que no ha sucedido en el caso que nos ocupa y de lo que se deriva la falta de legitimación de la peticionaria para solicitar el nombramiento de auditor para que verifique las cuentas del ejercicio 2014 de la mercantil «Luis Miguel López Instalaciones Eléctricas, S.L.».

En su virtud, esta Dirección General ha acordado estimar parcialmente el recurso y revocar la resolución de la Registradora de Madrid doña Isabel Adoración Antoniano González, de fecha 18 de febrero de 2015.

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

Madrid, 8 de septiembre de 2015.—Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállico.—Sra. Registradora Mercantil núm. I de Madrid.

Resolución de 8 de septiembre de 2015 (2.^a)

En el expediente 131/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Abaco Auditores de Cuentas, S.L.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito de fecha 10 de marzo de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Granada, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Abaco Auditores de Cuentas, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

El registrador mercantil emitió nota de calificación negativa por error material en la denominación de la sociedad y por ausencia de firma en la instancia presentada. En el pie de la calificación constan los recursos posibles contra la resolución de conformidad con lo establecido en el artículo 19 bis, 275, 324 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Por comparecencia del interesado el día 12 de mayo de 2015 se subsana el error de denominación y se firma la instancia.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º La solicitud adolece de defectos que se refieren a la denominación y datos de identificación registral de la sociedad, así como su domicilio; no consta la causa de la solicitud; el solicitante no suscribe la solici-

tud por cuanto su firma la firma no concuerda con la que consta en la documentación de la empresa; el solicitante no acompaña los documentos acreditativos de su solicitud. 2.º La solicitud es extemporánea al haberse producido la subsanación fuera del plazo de dos meses de caducidad del asiento que contempla el artículo 65 del Reglamento del Registro Mercantil.

III

El registrador mercantil de Granada, don José Ángel García Valdecasas Butrón dictó Resolución en fecha 28 de mayo de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don y don, como administradores mancomunados, por escrito de fecha 12 de junio de 2015, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Granada, interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos. No obstante entienden que decaen los motivos de oposición relativos a la falta de concordancia de la firma y el de la falta de identificación de la sociedad a auditar, reiterándose en los relativos a la ausencia en la instancia de los datos de inscripción de la sociedad y de su domicilio así como a la extemporaneidad de la solicitud; el relativo a la falta de expresión de la causa y el relativo a la falta de acreditación de la legitimación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. El presente expediente presenta unas especiales características que exigen un previo pronunciamiento de esta Dirección General sobre la naturaleza del procedimiento de designación de auditor al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y sobre las consecuencias que de ello se derivan.

Como ha afirmado esta Dirección en múltiples ocasiones (*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 publici-

dad registral es llevado a cabo por el registrador de forma unilateral y objetiva, ajena a la idea de contienda u oposición de intereses entre partes, en los expedientes sobre nombramiento de auditores a que se refiere el tan repetido artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital existe un foro de contraposición de intereses que ha de resolver el registrador como órgano de la Administración (Resolución de 15 de julio de 2005). De este modo, la decisión del Registrador Mercantil declarando la procedencia del nombramiento solicitado por la minoría no tiene el carácter de calificación registral, sino que es un acuerdo adoptado por quien en este procedimiento regulado en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil es la autoridad pública competente para resolver la solicitud (Resoluciones de 13 de enero de 2011 y 10 de julio de 2013). En definitiva, y como ha mantenido reiteradamente esta Dirección General, la actuación del registrador viene amparada por la atribución competencial que lleva a cabo el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital y que desarrolla el Reglamento del Registro Mercantil para resolver, en el ámbito del procedimiento especial por razón de la materia jurídico privada que el mismo regula, la pretensión del socio minoritario sin perjuicio de la revisión jurisdiccional del acto administrativo que del procedimiento resulte.

Consecuencia de lo anterior es que ante la solicitud de designación de auditor a instancia de la minoría el procedimiento a seguir es el contemplado en los artículos 354, 355, 356, 358 y 359 del Reglamento del Registro Mercantil y en lo en ellos no dispuesto por las normas generales del procedimiento de conformidad con la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común.

De lo anterior se sigue que: a) la solicitud debe reunir los requisitos establecidos en el Reglamento del Registro Mercantil y si resultase defectuosa el registrador debe proceder en la forma prevista en el artículo 71 de la Ley de Procedimiento; b) que el registrador mercantil debe emitir una resolución sobre la procedencia o no del nombramiento solicitado, resolución que es recurrible en el plazo previsto en el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil y no en los previstos para las calificaciones negativas en la legislación hipotecaria.

2. De las consideraciones anteriores resulta que la tramitación de procedimiento de nombramiento de auditor a que se refiere este expediente no se ha llevado a cabo por los trámites previstos en el ordenamiento:

Ante la defectuosa solicitud de nombramiento, el registrador mercantil emitió una calificación sujetando la tramitación a un conjunto de normas que no son de aplicación al procedimiento.

El artículo 71 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, en sede de subsanación y mejora de la solicitud, dispone en su párrafo primero «Si la solicitud no reúne los requisitos que señala el artículo anterior y los exigidos, en su caso, por la legislación específica aplicable, se requerirá al interesado para que, en un

plazo de diez días, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición, previa resolución que deberá ser dictada en los términos previstos en el artículo 42».

Por otro lado la calificación contiene un pie de recursos que no se corresponde con la previsión del legislador para las resoluciones de naturaleza administrativa otorgando unos plazos distintos a los previstos legalmente.

En el presente expediente se debió dictar diligencia de mejor proveer en los términos fijados en el precepto transcrito con requerimiento al interesado para que completara su instancia en el plazo de diez días y en los términos que considerase oportuno el registrador mercantil de forma que transcurrido un plazo prudencial desde la terminación del señalado en la diligencia, sin haberse aportado documentación alguna, el Registrador Mercantil debió resolver desestimando la solicitud. El hecho de que el registrador mercantil dictase una calificación con suspensión de efectos durante los sesenta días previstos en el artículo 323 de la Ley Hipotecaria ha propiciado una contestación del interesado en un tiempo que de haberse aplicado la normativa correcta debiera haber derivado en una inadmisión de la solicitud.

Lo que ocurre es que al no ser imputable al interesado la circunstancia anterior y haberse considerado subsanada la solicitud en el plazo que al mismo se concedió, no procede la declaración de nulidad del procedimiento de conformidad con los artículos 65 y 66 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

3. Procede en consecuencia entrar en el fondo del asunto y contestar al recurso interpuesto por la sociedad afirmando que ninguno de los motivos de recurso puede enervar la resolución del registrador mercantil sobre la procedencia del nombramiento.

En primer lugar porque los defectos formales que se achacan a la instancia de solicitud y que hacen referencia a la falta de determinación del domicilio y datos registrales de la sociedad carecen de la relevancia necesaria para provocar la revocación de la resolución del registrador. Téngase en cuenta que dichos datos no tienen otra función que coadyudar a la debida identificación de la sociedad a que se refiere la solicitud, circunstancia que no se ha puesto en duda una vez solventado el defecto relativo a la defectuosa expresión de la denominación. Si a ello añadimos que los datos a que se refiere el Reglamento del Registro Mercantil y el escrito de recurso constan en el folio de la sociedad y que el registrador mercantil ha dado por buena la identificación de la sociedad, es claro que no procede la estimación del motivo.

Igual suerte desestimatoria le corresponde al motivo relativo a la inexpressión de la causa de la solicitud. 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 exis-

tencia 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 inexpressión de la causa de la petición o su expresión inadecuada es intrascendente en este procedimiento de nombramiento registral de auditor a instancia de los socios minoritarios de entidades mercantiles (en este sentido pueden verse las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 12 y 23 de julio, 7 de octubre de 2010 y 11 y 31 de marzo, 4 y 11 de junio, 24 y 30 de julio y 4 y 5 de agosto de 2014 entre otras muchas).

Tampoco puede estimarse la pretensión de extemporaneidad de la contestación del solicitante a los defectos señalados por el registrador. Establecido que el plazo que se le concedió para la subsanación de las deficiencias observadas en su instancia no era el correcto y establecido que lo anterior no es causa de nulidad por ser circunstancia que no es imputable al interesado, lo cierto es que la subsanación se produjo dentro del plazo previsto en el artículo 323 de la Ley Hipotecaria que resultaría de plena aplicación de conformidad con la previsión de la disposición adicional vigesimocuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social que establece: «La regulación prevista en el sección 5.^a del capítulo IX bis del Título V para los recursos contra la calificación del registrador de la Propiedad es también aplicable a los recursos contra la calificación del Registrador Mercantil y del de Bienes Muebles».

Por último, tampoco cabe estimar el último motivo que hace referencia a la forma de acreditar el socio su legitimación y, como contrapartida, la de la enervación, en su caso, por parte de la sociedad. Dicha cuestión ha sido reiteradamente abordada por este Centro Directivo entendiendo suficiente la aportación de un principio de prueba por escrito, pues se estima que el Reglamento del Registro Mercantil –art. 351.2– no ha pretendido ser especialmente exigente con el socio a la hora de exigirle que acredite documentalmente su condición, e incluso que no siempre resulta exigible dicha justificación documental – «en su caso», dice el precepto–. Por su parte y en lo referente a la negación de la legitimación se ha concluido –a pesar del tenor literal del art. 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil– que por sí sola no basta para justificar la oposición y que es necesario que la sociedad aporte, a su vez, prueba que demuestre que no reúne tal condición, pretendiendo con ello no introducir un desequilibrio en el principio de igualdad jurídica de las partes intervinientes que evidentemente la Ley no pretende (*vide* resoluciones de 11 de marzo, 30 de julio, 12 de septiembre de 2014 y 11 de marzo de 2015 entre otras muchas).

En el caso que nos ocupa, es cierto que no resulta del expediente que el solicitante haya aportado documentación que acredite su condición de socio pero no lo es menos que la sociedad, por su parte, ni ha negado su condición

de socio ni ha aportado prueba alguna demostrativa de que no lo sea o de que hubiera perdido su condición de socio.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Granada, don José Ángel García Valdecasas Butrón de fecha 28 de mayo de 2015.

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

Madrid, 8 de septiembre de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállico.–Sr. Registrador Mercantil de Granada.

Resolución de 8 de septiembre de 2015 (3.ª)

En el expediente 132/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Consultores Fiscales, Contables y Financieros, S.L.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito de fecha 10 de marzo de 2015, 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 «Consultores Fiscales, Contables y Financieros, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

El registrador mercantil emitió nota de calificación negativa por ausencia de firma en la instancia presentada. En el pie de la calificación constan los recursos posibles contra la resolución de conformidad con lo establecido en el artículo 19 bis, 275, 324 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Por comparecencia del interesado el día 12 de mayo de 2015 se subsana el error y se firma la instancia.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º La solicitud adolece de defectos que se refieren a la ausencia de datos de identificación registral de la sociedad, así

como su domicilio; no consta la causa de la solicitud; el solicitante no suscribe la solicitud por cuanto su firma la firma no concuerda con la que consta en la documentación de la empresa; el solicitante no acompaña los documentos acreditativos de su solicitud. 2.º La solicitud es extemporánea al haberse producido la subsanación fuera del plazo de dos meses de caducidad del asiento que contempla el artículo 65 del Reglamento del Registro Mercantil. 3.º Los administradores de la sociedad han designado auditor en fecha 23 de diciembre de 2014, nombramiento ratificado por la Junta General el día 11 de marzo de 2015 y que se encuentra pendiente de inscripción en el Registro Mercantil. 4.º El socio carece de legitimación por cuanto tras el aumento de capital acordado en la Junta General de referencia, no suscrito por el solicitante, su participación ha quedado reducida a un 4.5% del capital social.

III

El registrador mercantil de Granada, don José Ángel García Valdecasas Butrón dictó Resolución en fecha 2 de junio de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado. De la resolución resulta que la inscripción del nombramiento de auditor voluntario que resulta de la escritura autorizada el día 30 de abril de 2015 ante el notario don José Justo Navarro Chinchilla fue llevada a cabo el día 27 de mayo de 2015.

IV

Don y don, como administradores mancomunados, por escrito de fecha 12 de junio de 2015, que tuvo entrada el día 15 inmediato posterior en el Registro Mercantil de Granada, interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos. No obstante entienden que decae el motivo de falta de concordancia de la firma, reiterándose en los relativos a la ausencia en la instancia de los datos de inscripción de la sociedad y de su domicilio así como a la extemporaneidad de la solicitud; el relativo a la falta de expresión de la causa, el relativo a la falta de acreditación de la legitimación, el relativo a la existencia de un nombramiento previo de auditor por la sociedad y el relativo a la falta de legitimación del 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. El presente expediente presenta unas especiales características que exigen un previo pronunciamiento de esta Dirección General sobre la naturaleza del procedimiento de designación de auditor al amparo del artículo 265.2

de la Ley de Sociedades de Capital y sobre las consecuencias que de ello se derivan.

Como ha afirmado esta Dirección en múltiples ocasiones (*vide* resoluciones de 26 de junio y 28 de julio de 2014, por todas), el expediente registral a través del que se da respuesta a la solicitud prevista en el apartado 2.º del artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital aparece desarrollado en Título III del Reglamento del Registro Mercantil destinado a regular «otras funciones del Registro», funciones distintas de las relativas a la inscripción de los empresarios y sus actos. Si ésta aparece presidida por la función calificadora como control de legalidad que en aras del interés público a que responde la publicidad registral es llevado a cabo por el registrador de forma unilateral y objetiva, ajena a la idea de contienda u oposición de intereses entre partes, en los expedientes sobre nombramiento de auditores a que se refiere el tan repetido artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital existe un foro de contraposición de intereses que ha de resolver el registrador como órgano de la Administración (Resolución de 15 de julio de 2005). De este modo, la decisión del Registrador Mercantil declarando la procedencia del nombramiento solicitado por la minoría no tiene el carácter de calificación registral, sino que es un acuerdo adoptado por quien en este procedimiento regulado en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil es la autoridad pública competente para resolver la solicitud (Resoluciones de 13 de enero de 2011 y 10 de julio de 2013). En definitiva, y como ha mantenido reiteradamente esta Dirección General, la actuación del registrador viene amparada por la atribución competencial que lleva a cabo el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital y que desarrolla el Reglamento del Registro Mercantil para resolver, en el ámbito del procedimiento especial por razón de la materia jurídico privada que el mismo regula, la pretensión del socio minoritario sin perjuicio de la revisión jurisdiccional del acto administrativo que del procedimiento resulte.

Consecuencia de lo anterior es que ante la solicitud de designación de auditor a instancia de la minoría el procedimiento a seguir es el contemplado en los artículos 354, 355, 356, 358 Y 359 del Reglamento del Registro Mercantil y en lo en ellos no dispuesto por las normas generales del procedimiento de conformidad con la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común.

De lo anterior se sigue que: a) la solicitud debe reunir los requisitos establecidos en el Reglamento del Registro Mercantil y si resultase defectuosa el registrador debe proceder en la forma prevista en el artículo 71 de la Ley de Procedimiento; b) que el registrador mercantil debe emitir una resolución sobre la procedencia o no del nombramiento solicitado, resolución que es recurrible en el plazo previsto en el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil y no en los previstos para las calificaciones negativas en la legislación hipotecaria.

2. De las consideraciones anteriores resulta que la tramitación de procedimiento de nombramiento de auditor a que se refiere este expediente no se ha llevado a cabo por los trámites previstos en el ordenamiento:

Ante la defectuosa solicitud de nombramiento, el registrador mercantil emitió una calificación sujetando la tramitación a un conjunto de normas que no son de aplicación al procedimiento.

El artículo 71 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, en sede de subsanación y mejora de la solicitud, dispone en su párrafo primero «Si la solicitud no reúne los requisitos que señala el artículo anterior y los exigidos, en su caso, por la legislación específica aplicable, se requerirá al interesado para que, en un plazo de diez días, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición, previa resolución que deberá ser dictada en los términos previstos en el artículo 42».

Por otro lado la calificación contiene un pie de recursos que no se corresponde con la previsión del legislador para las resoluciones de naturaleza administrativa otorgando unos plazos distintos a los previstos legalmente.

En el presente expediente se debió dictar diligencia de mejor proveer en los términos fijados en el precepto transcrito con requerimiento al interesado para que completara su instancia en el plazo de diez días y en los términos que considerase oportuno el registrador mercantil de forma que transcurrido un plazo prudencial desde la terminación del señalado en la diligencia, sin haberse aportado documentación alguna, el Registrador Mercantil debió resolver desestimando la solicitud. El hecho de que el registrador mercantil dictase una calificación con suspensión de efectos durante los sesenta días previstos en el artículo 323 de la Ley Hipotecaria ha propiciado una contestación del interesado en un tiempo que de haberse aplicado la normativa correcta debiera haber derivado en una inadmisión de la solicitud.

Lo que ocurre es que al no ser imputable al interesado la circunstancia anterior y haberse considerado subsanada la solicitud en el plazo que al mismo se concedió, no procede la declaración de nulidad del procedimiento de conformidad con los artículos 65 y 66 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

3. Procede en consecuencia entrar en el fondo del asunto y contestar al recurso interpuesto por la sociedad que pretende la revocación de la resolución del registrador mercantil sobre la procedencia del nombramiento.

En primer lugar porque los defectos formales que se achacan a la instancia de solicitud y que hacen referencia a la falta de determinación del domicilio y datos registrales de la sociedad carecen de la relevancia necesaria para provocar la revocación de la resolución del registrador. Téngase en cuenta que dichos datos no tienen otra función que coadyudar a la debida identificación de la sociedad a que se refiere la solicitud, circunstancia que no se ha puesto en duda por la sociedad recurrente. Si a ello añadimos que los datos a que se refiere el Reglamento del Registro Mercantil y el escrito de recurso constan

en el folio de la sociedad y que el registrador mercantil ha dado por buena la identificación de la sociedad, es claro que no procede la estimación del motivo.

Igual suerte desestimatoria le corresponde al motivo relativo a la inexpressión de la causa de la solicitud. 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 inexpressión de la causa de la petición o su expresión inadecuada es intrascendente en este procedimiento de nombramiento registral de auditor a instancia de los socios minoritarios de entidades mercantiles (en este sentido pueden verse las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 12 y 23 de julio, 7 de octubre de 2010 y 11 y 31 de marzo, 4 y 11 de junio, 24 y 30 de julio y 4 y 5 de agosto de 2014 entre otras muchas).

Tampoco puede estimarse la pretensión de extemporaneidad de la contestación del solicitante a los defectos señalados por el registrador. Establecido que el plazo que se le concedió para la subsanación de las deficiencias observadas en su instancia no era el correcto y establecido que lo anterior no es causa de nulidad por ser circunstancia que no es imputable al interesado, lo cierto es que la subsanación se produjo dentro del plazo previsto en el artículo 323 de la Ley Hipotecaria que resultaría de plena aplicación de conformidad con la previsión de la disposición adicional vigesimocuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social que establece: «La regulación prevista en el sección 5.^a del capítulo IX bis del Título V para los recursos contra la calificación del registrador de la Propiedad es también aplicable a los recursos contra la calificación del Registrador Mercantil y del de Bienes Muebles».

Tampoco cabe estimar el motivo que hace referencia a la forma de acreditar el socio su legitimación y, como contrapartida, la de la enervación, en su caso, por parte de la sociedad. Dicha cuestión ha sido reiteradamente abordada por este Centro Directivo entendiendo suficiente la aportación de un principio de prueba por escrito, pues se estima que el Reglamento del Registro Mercantil –artículo 351.2– no ha pretendido ser especialmente exigente con el socio a la hora de exigirle que acredite documentalmente su condición, e incluso que no siempre resulta exigible dicha justificación documental – «en su caso», dice el precepto–. Por su parte y en lo referente a la negación de la

legitimación se ha concluido –a pesar del tenor literal del artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil– que por sí sola no basta para justificar la oposición y que es necesario que la sociedad aporte, a su vez, prueba que demuestre que no reúne tal condición, pretendiendo con ello no introducir un desequilibrio en el principio de igualdad jurídica de las partes intervinientes que evidentemente la Ley no pretende (*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, es cierto que no resulta del expediente que el solicitante haya aportado documentación que acredite su condición de socio pero no lo es menos que la sociedad, por su parte, ni ha negado su condición de socio ni ha aportado prueba alguna demostrativa de que no lo sea o de que hubiera perdido su condición de socio. Además la mera alegación del motivo es incongruente con el siguiente que se refiere a la falta de legitimación del solicitante por no reunir el porcentaje mínimo exigido por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

Al respecto la sociedad alega que a consecuencia del aumento de capital acordado en la Junta de 11 de marzo de 2015, el socio ha dejado de ostentar una participación superior al 5% del capital social. Como tiene declarado esta Dirección General (Resoluciones de 17 de noviembre de 1999, 10 de julio de 2008 y 28 de julio de 2014); el requisito del 5% previsto por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital para solicitar en el plazo de tres meses desde el cierre del ejercicio social el nombramiento de auditor debe ostentarse en el momento de solicitar su aplicación. En el supuesto de que el socio se desprenda de un número de acciones o participaciones que habría necesitado para mantener su proporción de capital, se debe suspender la tramitación en tanto que el nuevo adquirente no comunique la intención de sostenerla. De esta regla quedan exceptuados lógicamente aquellos supuestos en que la disminución porcentual no se produce por enajenación voluntaria. Aplicadas las anteriores consideraciones al supuesto de hecho se impone el rechazo del motivo al resultar del expediente el reconocimiento de la sociedad de que en el momento de ejercer su derecho el socio ostentaba una participación que le legitimaba para hacerlo sin que la pérdida posterior del porcentaje haya sido debido a un acto de su voluntad.

4. Por último es preciso analizar el hecho de que la sociedad ha designado un auditor voluntario, designación que ha accedido a los libros del Registro Mercantil como resulta de la propia resolución del registrador.

De forma reiteradísima (Resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012 y 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, entre otras muchas), este Centro Directivo ha mantenido que la finalidad del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital es la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la estructura empresarial, para lo cual dicho artículo reconoce y regula el derecho a la verificación de la contabilidad social por un profesional independiente nombrado por el Registrador Mercantil a instancia de los socios que

reúnan un mínimo de participaciones sociales o acciones equivalentes al 5% del capital social y siempre que presenten su solicitud en los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social.

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

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.

En el expediente que da lugar a la presente se cumplen ambas condiciones. En primer lugar porque del expediente resulta indubitadamente que el órgano de administración procedió a un nombramiento anterior, en diciembre de 2014, nombramiento que conforme a la doctrina de esta Dirección (Resoluciones de 16 de abril de 2012, 26 de septiembre de 2014 y 23 de febrero de 2015, por todas), es perfectamente válido. Dejando la cuestión de que la pretensión de su inscripción no fue aceptada por el registrador mercantil (circunstancia que no constituye el objeto del presente procedimiento), lo cierto es que si bien la doctrina de esta Dirección General había venido exigiendo que la fecha anterior de nombramiento resultase de forma fehaciente, lo cierto es que la más reciente doctrina ha entendido que si de la valoración conjunta de la documentación aportada resulta con claridad que el nombramiento voluntario por la sociedad es previo, debe prevalecer esta circunstancia (*vide* resoluciones, entre otras, de 1 y 23 de julio, 2 y 26 de septiembre, 7 de octubre y 2 de diciembre de 2013 y 24 de junio y 24 de octubre de 2014). En el supuesto de este expediente, resulta que la primera fecha fehaciente que resulta de los documentos es posterior a la presentación de la solicitud por el socio minoritario; no obstante, de una valoración conjunta de las pruebas, se llega a la conclusión de que el nombramiento sí fue previo a la solicitud presentada por el interesado. En este sentido la administración de la sociedad expresó en su escrito de oposición que el nombramiento voluntario de auditor fue anterior a la entrada en el Registro Mercantil de la solicitud del socio. En consecuencia, no existen razones para presumir la falsedad en la declaración o fraude a los derechos del socio minoritario, que de haberse producido, debería ser una cuestión a ventilar ante los tribunales y no en el marco de este expediente.

En segundo lugar resulta que el nombramiento de auditor para la verificación de las cuentas correspondientes al ejercicio 2014 ha sido objeto de inscripción en el Registro Mercantil. Como ha afirmado esta Dirección en numerosas ocasiones (*vide* resoluciones de 30 de julio y 6 de agosto de 2014, por todas), resulta forzoso entender que el interés que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital pretende proteger está debidamente salvaguardado por cuanto la pretensión de que las cuentas de la sociedad sean sometidas al examen de un auditor con el fin de determinar si expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación, ha sido debidamente cumplimentado (art. 1.3 de la Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas).

Ni jurídica ni económicamente tendría justificación la designación de un nuevo auditor para llevar a cabo la misma tarea de verificación que se ha encomendado al inscrito. Como pone de relieve la sentencia citada de nuestro Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2007, la pretensión de que se lleve a cabo una nueva auditoría referida al mismo ejercicio debe ser rechazada por inne-

cesaria y sin perjuicio de la valoración jurídica que de tal pretensión puedan deducir los Tribunales de Justicia (Fundamento de Derecho segundo in fine).

En su virtud, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Granada, don José Ángel García Valdecasas Butrón de fecha 2 de junio de 2015.

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

Madrid, 8 de septiembre de 2015.—Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.—Sr. Registrador Mercantil de Granada.

Resolución de 8 de septiembre de 2015 (4.ª)

En el expediente 134/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Impermat, S.A.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito de fecha 30 de marzo de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Impermat, S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que el solicitante carece de legitimación pues compuesto el capital social de 146.250 acciones no ostenta el mínimo legal. Que esto es así incluso después de la inscripción de la sentencia por la que se anula el acuerdo de aumento de capital de fecha 27 de octubre de 2005 por el que se crearon 6250 acciones y al que no acudió el solicitante. Que su participación en el capital social no llega al mínimo legal ni antes ni después de la anulación de dicho aumento.

Acompaña nota del Registro Mercantil de la inscripción 14.^a de la que resulta que el capital social se encuentra dividido en 146.250 acciones correspondiendo al solicitante un porcentaje del 1,64% como titular de 2400 acciones. También resulta que a la herencia yacente de doña le corresponde una participación del 1,91% del capital social como titular de 2800 acciones de la sociedad.

III

El registrador mercantil de Madrid núm. XVI, don José María Rodríguez Barrocal dictó Resolución en fecha 28 de abril de 2015 por la que acordó admitir la oposición y denegar el nombramiento del auditor solicitado. El registrador fundamenta su decisión en el hecho de que, de conformidad con el contenido de la inscripción 14.^a el capital social se encuentra dividido en 146.250 acciones correspondiendo al solicitante un porcentaje del 1,64%, porcentaje que queda elevado al 1,71% tras la anulación de la ampliación de capital a que se refería la inscripción 11.^a

IV

Don, por escrito de fecha 8 de junio de 2015, que tuvo entrada el día 10 de junio en el Registro Mercantil de Madrid, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: 1.º Que de las inscripciones del Registro Mercantil resulta que es titular de más de un 5% del capital social pues la declaración de nulidad de los acuerdos que dieron lugar a la inscripción 11.^a afecta, entre otros, a los acuerdos de aumento de capital posteriores por resultar contradictorios con el pronunciamiento de la sentencia por lo que no pueden considerarse para el cálculo del porcentaje de capital que ostenta. 2.º Que además esta parte adquirió como legado de su madre un total de 2800 acciones representativas de un 28% del capital social.

Acompaña a su escrito nota simple del Registro Mercantil de Madrid así como copia de una sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 52 de Madrid de fecha 7 de septiembre de 2011 por la que se declaran aprobadas las operaciones divisorias llevadas a cabo por el contador-partidor don Carlos de la Cruz Calzas. No consta su firmeza.

Se acompaña escrito de división de herencia de doña..... del que resultan inventariadas 2800 acciones de la sociedad, así como la decisión del contador de proceder a su división entre los tres hijos llamados a la herencia pese a haber sido legadas a don, No consta la atribución concreta de acciones a los llamados.

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. La única cuestión que plantea el presente expediente es la relativa a si el socio que solicita la designación de auditor de conformidad con la previsión

del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital reúne o no el requisito de participación mínima en el capital.

Dicha cuestión ha sido reiteradamente abordada por este Centro Directivo entendiendo suficiente la aportación de un principio de prueba por escrito, pues se estima que el Reglamento del Registro Mercantil –art. 351.2– no ha pretendido ser especialmente exigente con el socio a la hora de exigirle que acredite documentalmente su condición, e incluso que no siempre resulta exigible dicha justificación documental – «en su caso», dice el precepto–. Por su parte y en lo referente a la negación de la legitimación se ha concluido –a pesar del tenor literal del artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil– que por sí sola no basta para justificar la oposición y que es necesario que la sociedad aporte, a su vez, prueba que demuestre que no reúne tal condición, pretendiendo con ello no introducir un desequilibrio en el principio de igualdad jurídica de las partes intervinientes que evidentemente la Ley no pretende (*vide* resoluciones de 11 de marzo, 30 de julio, 12 de septiembre de 2014 y 11 de marzo de 2015 entre otras muchas).

2. A la luz de las afirmaciones anteriores el recurso no puede prosperar pues ninguno de los motivos en que se funda puede desvirtuar la resolución del registrador mercantil de Madrid.

Del contenido del Registro Mercantil, cuyo contenido se presume exacto y válido (art. 20 del Código de Comercio), resulta que el solicitante carece de un porcentaje de capital suficiente para exigir el nombramiento de auditor al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital por no llegar al mínimo del 5%. De dicho contenido resulta que, como expresa el registrador mercantil en su resolución, su porcentaje ascendía al 1,64% del total capital antes de la inscripción de la anulación del aumento de capital inscrito con el número 11 de las inscripciones de la sociedad, porcentaje que quedó elevado al 1,71% al proceder a la inscripción de la anulación de dicho aumento como consecuencia de sentencia.

No enerva la conclusión anterior la afirmación que contiene el escrito de recurso sobre la nulidad de todos los aumentos de capital reflejados en el Registro Mercantil con posterioridad a la inscripción 11 anulada en virtud de la sentencia inscrita. No resulta así del contenido del Registro Mercantil.

Es cierto que en el ámbito del Derecho Civil los efectos de la nulidad se traducen en la declaración de que el negocio nulo y sus consecuencias patrimoniales nunca existieron por lo que las cosas deben restituirse a su estado inmediatamente anterior (art. 1303 del Código Civil).

Sin embargo, en el ámbito del Derecho Mercantil y, más específicamente, en el Derecho de Sociedades la declaración de nulidad de los acuerdos sociales no tiene siempre tan radicales efectos pues, además de los intereses de las partes del negocio, entran en juego otras consideraciones igualmente merecedoras de amparo como son la conservación de la empresa y la salvaguardia del principio de seguridad jurídica. Así lo ha señalado recientemente este Centro Directivo (Resoluciones en sede de recursos gubernativos de 18 y 30 de mayo

y 2 de octubre de 2013) al poner de manifiesto que la doctrina general sobre la nulidad de los actos y negocios jurídicos es modulada por el propio legislador en el ámbito del Derecho de Sociedades en aras de la seguridad jurídica y la protección del tráfico mercantil. Como pone de relieve la Resolución de 30 de mayo de 2013 del análisis del conjunto de normas que en el ámbito societario regulan los efectos de la nulidad resulta indubitada la conclusión de que la categoría civil de la nulidad y sus consecuencias jurídicas no son de aplicación directa e inmediata en un ámbito, como el mercantil, en el que se tienen en cuenta otros principios susceptibles de protección que conllevan la imposición de distintas consecuencias jurídicas (*vid.* arts. 47.3 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, de Modificaciones estructurales de las Sociedades Mercantiles, 56 y 57 de la Ley de Sociedades de Capital y 417 del Reglamento del Registro Mercantil). La protección del tráfico mercantil impone que el nacimiento de las sociedades y sus principales actos jurídicos estén asociados a su publicación (arts. 16 y 19 del Código de Comercio), de modo que los terceros puedan acomodar sus acciones a los hechos publicados con la confianza de que en caso de inexactitud será protegido su interés (art. 21 del Código de Comercio). De aquí que en caso de nulidad la posición de los terceros deba ser respetada para no hacer ilusoria la protección que el ordenamiento proclama (art. 20 del propio Código).

Esta doctrina se asienta sólidamente no solo en el contenido de la normativa mercantil sino también en la aplicación que de la misma ha hecho nuestro Tribunal Supremo. La sentencia de 23 de febrero de 2012 pone de manifiesto que el tradicional principio civil *quod nullum est nullum effectum producit* es matizado en el ámbito mercantil, alcanzando la nulidad exclusivamente a los actos posteriores que sean del todo incompatibles debiendo considerar superado el rigorismo formal en contrario que en decisiones anteriores había prevalecido.

De modo más enfático, la Sentencia de 12 de junio de 2008 declara «que no es transportable a las causas de nulidad de la LSA el precepto del artículo 6.3 CC, ni las contravenciones legales tienen todas la misma entidad y efectos; y, además, incluso en el régimen general, aparte de los importantísimos matices que tiene la posibilidad de apreciación de oficio de la nulidad plena (SS., entre otras, de 17 de enero y 12 de diciembre de 2000; 3 de diciembre de 2001; 18 de junio de 2002; 27 de febrero de 2004; 25 de septiembre de 2006), sobre lo que no cabe aquí entrar, en todo caso la doctrina jurisprudencial viene recomendando «extrema prudencia y criterios flexibles» en la aplicación de la nulidad radical (SS. de 28 de mayo y 2 de noviembre de 2001, entre otras)». Asimismo, puede traerse a colación la doctrina del Alto Tribunal sobre la interpretación restrictiva de las causas de nulidad de las sociedades inscritas (*cf.*, por todas, la Sentencia de 17 de enero de 2012, según la cual la interpretación de nuestro Derecho de conformidad con la Primera Directiva en materia de sociedades «exige distinguir entre la eventual nulidad del contrato de sociedad y la de la sociedad una vez inscrita, limitando, en los estrictos términos indicados por la Directiva, la proyección sobre la sociedad de los efectos de las irregularidades

del negocio fundacional, ya que, por un lado, como sostiene la sentencia de 10 octubre de 2002 «el régimen de la nulidad societaria en nuestra LSA responde a la Directiva 68/151/CEE, que en gran medida lo desvincula de la nulidad contractual (...) beneficiando así la seguridad del tráfico y la protección de los terceros por haberse manifestado ya una sociedad en el tráfico bajo apariencia de regularidad formal sujeta a su vez a control notarial y registral» y, por otro, como afirma la sentencia de 3 octubre 1995 «la sanción (de nulidad) que tal declaración supone es de suma gravedad y exige, por ello, gran moderación en su empleo teniendo presente el carácter restrictivo de las causas de nulidad y, asimismo, la interpretación rigurosa y ceñida que debe hacerse de las mismas fuera de tentaciones expansionistas, para evitar que el tráfico civil y comercial se vea obstaculizado en su normal desarrollo».

Como queda reflejado más arriba, del contenido del Registro Mercantil de la sociedad no resulta que la resolución judicial por la que se anuló el acuerdo de aumento que dio lugar a la inscripción 11.^a extendiese los efectos de la nulidad a los acuerdos posteriores, por lo que estando vigentes las inscripciones que los publican están amparadas por el principio de legitimación que cubre su exactitud y validez (art. 20 Código de Comercio).

3. La documentación aportada con el escrito de recurso en relación a la participación que ostentaba la madre del solicitante y su división particional, no modifica las conclusiones anteriores. De dicha documentación no resulta ni la firmeza de la sentencia que aprueba las operaciones de división ni la atribución concreta y específica de un conjunto de acciones al solicitante. Pero es que aunque así hubiera sido la situación no hubiera sido distinta pues como resulta del contenido del Registro Mercantil (inscripción 14.^a), la participación de dicha señora ascendía a un 1,91% del capital social como titular de 2.800 acciones de la sociedad, porcentaje que sumado al del solicitante (1,71%), no alcanza al mínimo del 5% previsto en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid núm. XVI, don José María Rodríguez Barrocal de fecha 28 de abril de 2015.

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

Madrid, 8 de septiembre de 2015.—Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.—Sr. Registrador Mercantil núm. XVI de Madrid.

Resolución de 24 de septiembre de 2015 (1.ª)

En el expediente 133/2015 relacionado con el expediente 56/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de socios de «Dencia, S.A.».

HECHOS

I

Don José Luis Núñez Pérez-Calderón y don Ignacio Casteleiro Baquera presentaron un escrito de fecha 11 de marzo de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día 17 de marzo posterior, en el que solicitaron, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titulares de más del 5% del capital social de «Dencia, S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad presentó un certificado de la Junta General de socios celebrada en segunda convocatoria el día 18 de marzo de 2015 de la que resulta que por acuerdo de la mayoría de socios se acordó nombrar auditor para la verificación de los ejercicios cerrados a 31 de diciembre de 2014, 2015 y 2016. Se acompaña también escrito de aceptación del designado. La documentación se presenta en el Registro Mercantil el día 30 de marzo de 2015.

III

El registrador Mercantil de Madrid núm. 2, don Manuel Casero Mejías dictó Resolución en fecha 6 de abril de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don Javier Ruiz Paredes, actuando en representación de la sociedad, por escrito de fecha 30 de abril de 2015, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Madrid, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, alegando: 1.º Que los socios instantes actúan de mala fe como resulta de los actos que se narran y de la documentación que se acompaña. 2.º Que los socios instantes incurrir en manifiesto fraude de Ley y abuso de Derecho como resulta del hecho de que a fecha de su solicitud de 17 de marzo ya estuviera convocada la Junta según resulta del anuncio de convocatoria publicado en el Boletín Oficial del Registro Mercantil de fecha 17 de febrero de 2015, copia del cual se acompaña, en cuyo orden del día se recoge el punto sexto relativo al nombramiento de auditor.

V

Esta Dirección General dictó Resolución de fecha 26 de mayo de 2015 por la que acordó inadmitir el recurso por causa de extemporaneidad.

VI

Don Javier Ruiz Paredes, actuando en representación de la sociedad, por escrito de fecha 22 de junio de 2015 con entrada en el Registro Mercantil de Madrid el día siguiente interpone recurso extraordinario de revisión basado en el manifiesto error en que incurre la resolución al haberse producido la notificación de la resolución del registrador mercantil de Madrid el día 10 de abril de 2015 y no el día 8 como consta en la misma. Que en consecuencia solicita la anulación de la resolución de esta Dirección de fecha 26 de mayo de 2015 y que se entre a conocer del fondo del asunto.

De forma subsidiaria y al amparo de los artículos 102 y 105 de la Ley 30/1992, de 27 de noviembre solicita la revisión y/o revocación de la resolución de esta Dirección de 26 de mayo de 2015.

Que de forma subsidiaria tanto al recurso de revisión como a la solicitud de revisión y/o revocación formula reclamación previa al ejercicio de acciones civiles en base a los argumentos que resultan de su escrito.

Que al amparo del artículo 112 (sic) de la Ley 30/1992, de 27 de noviembre solicita la suspensión de la ejecución del acto impugnado porque al tener la sociedad auditor designado el mantenimiento de la resolución del registrador mercantil sobre designación de otro auditor duplica el trabajo y los costes asociados de difícil o imposible reparación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107, 108, 111, 113 y 118 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. Procede estimar el recurso extraordinario de revisión pues resultando del expediente que la notificación de la resolución del registrador mercantil de Madrid de fecha 6 de abril de 2015 se notificó a la sociedad recurrente el día 10 de abril inmediato posterior, es evidente el error cometido y la concurrencia del supuesto contemplado en la causa primera del apartado primero del artículo 118 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común. Como ha reiterado nuestro Tribunal Supremo (sala tercera, sentencia de 31 de mayo de 2012, entre otras): «este supuesto, así como el que le precede y el que le sigue, responden al propósito de que sean subsanables las consecuencias del error de hecho en que pueda haber incurrido la actuación administrativa impugnada cuando tal error fáctico sea constatado por alguna de las diferentes vías que en tales apartados se indican, esto es, la documentación obrante en el propio expediente (apar-

tado 1.º); documentos de valor esencial que no estuvieron a disposición de los interesados y que evidencien el error (apartado 2.º); y, finalmente, la declaración judicial de falsedad de los documentos o testimonios que fueron decisivos para la resolución administrativa (supuesto previsto en el apartado 3.º de artículo 118.1)».

2. Entrando en el fondo del asunto y de acuerdo a la asentadísima doctrina de este Centro Directivo al respecto, el recurso no puede prosperar.

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

Este Centro Directivo no puede valorar la conducta de los solicitantes como pretende la sociedad recurrente. 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. Tampoco el hecho de que la sociedad haya llevado a cabo por medio de nombramiento posterior en junta general la designación de otro auditor puede llevar a la revocación de la resolución del registrador mercantil.

De forma reiteradísima (Resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012 y 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, entre otras muchas), este Centro Directivo ha mantenido que la finalidad del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital es la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la estructura empresarial, para lo cual dicho artículo reconoce y regula el derecho a la verificación de la contabilidad social por un profesional independiente nombrado por el Registrador Mercantil a instancia de los socios que reúnan un mínimo de participaciones sociales o acciones equivalentes al 5% del capital social y siempre que presenten su solicitud en los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social.

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

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.

En el supuesto que da lugar a la presente la sociedad no niega que la iniciativa de los socios ha sido anterior a la designación realizada en junta general; lo que pretende es que esta Dirección concluya que dicha circunstancia es contraria a derecho por lo que no debe ser tenida en cuenta. En el apartado anterior de la presente ya se ha dado respuesta a esta cuestión y se ha explicado por extenso porqué dicha pretensión no puede constituir objeto de este

expediente de naturaleza administrativa. Consecuentemente, resultando indubitado que los socios llevaron a cabo su solicitud con anterioridad a la designación llevada a cabo en junta general es igualmente indubitado que no procede la revocación de la resolución del registrador por cuanto, como se afirma en la misma, si se admitiera que la sociedad pudiera enervar el derecho del socio contratando voluntariamente un auditor de cuentas sin acreditar que dicha contratación se realizó con anterioridad a la presentación de la solicitud de nombramiento registral de auditor o sin garantizar que el socio solicitante tendrá próximamente el informe de auditoría, se estaría impidiendo –en contra de la voluntad del legislador– la aplicación de una norma con rango legal declarativa de este derecho reconocido a la minoría.

4. Por lo que se refiere a la solicitud de suspensión de la resolución del registrador mercantil de Madrid de 6 de abril de 2015 o de esta propia, resulta evidente su improcedencia por no concurrir el supuesto alegado y previsto en el artículo 111 de la Ley de procedimiento de seguirse perjuicios de imposible o difícil reparación. El carácter excepcional de la norma impone que la misma no sea de aplicación a supuestos distintos a lo en ella previstos y siempre que resulte del expediente debidamente justificada la decisión de suspensión. No ocurre así en el supuesto de hecho que da lugar a la presente en el que la existencia de un nombramiento llevado a cabo en el seno social por la junta general de socios no implica per se perjuicio alguno. No puede pretender la sociedad recurrente que esta Administración decida la suspensión de sus actos cuando ella misma, según resulta de su escrito, no ha obrado de la misma manera de acuerdo a un mínimo criterio de prudencia suspendiendo la realización de los trabajos de auditoría proyectados en tanto no quede decidida la situación sujeta a controversia.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado admitir el recurso extraordinario de revisión por error de hecho, anular la resolución de esta Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 26 de mayo de 2015 y dictar una nueva resolución confirmatoria de la resolución del registrador mercantil de Madrid núm. II, don Manuel Casero Mejías de fecha 6 de abril de 2015.

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

Madrid, 24 de septiembre de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.–Sr. Registrador Mercantil núm. II de Madrid.

Resolución de 24 de septiembre de 2015 (2.ª)

En el expediente 135/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Juliá i María José Assessors, S.L.P.».

HECHOS

I

Doña, presentó un escrito de fecha 31 de marzo de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, en el que tuvo su entrada el día 1 de abril de 2015, en el que solicitó, al amparo del artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil y como socia de «Juliá i María José Assessors, S.L.P.», el nombramiento de un auditor para que proceda a la determinación del valor real de las participaciones como consecuencia del ejercicio de su derecho de separación.

II

Por el Registro Mercantil de Barcelona se procedió a notificar al resto de socios de la sociedad quienes no formularon oposición.

III

La registradora mercantil de Barcelona núm. X, doña Azucena Bullón Manzano dictó Resolución en fecha 18 de mayo de 2015 por la que acordó proceder al nombramiento del auditor solicitado para la determinación del valor razonable de las participaciones de acuerdo con el artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil.

IV

Don y don, como administradores solidarios de la sociedad «Instat Assessors, S.L.», antes «Juliá i María José Assessors, S.L.P.», por escrito de fecha 5 de junio de 2015, que tuvo entrada el día 15 inmediato posterior en el Registro Mercantil de Barcelona, interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: 1.º Que la sociedad se constituyó como laboral en 2003 entre los firmantes y la solicitante ostentando cada socio un 33% de capital. 2.º Que en 2010 se transformó en sociedad limitada ordinaria. 3.º Que en 2014 se transformó en limitada profesional adquiriendo la señora solicitante un porcentaje del 51% del capital social y sin perjuicio de la existencia de un pacto parasocial sobre el modo de ejercer la administración. 4.º Que en fecha 21 de mayo de 2015 fueron convocados a junta general ante una posible sanción de inspección de trabajo. 5.º Que celebrada la junta la solicitante procedió a la venta de sus participaciones sociales. 6.º Que con carácter previo se otorgó escritura pública por la que se elevaron a público acuerdos de modificación del objeto social con exclusión del régimen de sociedades profesionales, cambio de denominación social, refun-

dición de estatutos, dimisión de la administradora, cambio de sistema de administración y nombramiento de administradores. 7.º Que habiendo enajenado sus participaciones sociales la solicitante no procede el nombramiento de auditor.

Acompañan a su solicitud, entre otros documentos, copia de las escrituras autorizadas por el notario de Villafranca del Penedés don César Martín Núñez el día 29 de mayo de 2015, números 888 y 889 de su protocolo.

Por la primera, los comparecientes, señores recurrentes y la solicitante elevan a público los acuerdos de modificación del objeto social con exclusión del régimen de sociedades profesionales, cambio de denominación social, modificación y refundición de estatutos, dimisión de la administradora, cambio de sistema de administración y nombramiento de administradores. Consta en el expediente copia de la inscripción de los acuerdos anteriores en el Registro Mercantil de Barcelona.

Por la segunda, la señora solicitante vende las 368 participaciones de que es titular en la sociedad «Instat Assessors, S.L.», a don en cuanto a 120 participaciones y al señor don en cuanto a las 248 restantes. En ambos casos por precio confesado recibido.

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

1. Resulta del expediente que la socia que ha llevado a cabo la solicitud de nombramiento de auditor ha dejado de serlo en virtud de escritura de compraventa de participaciones siendo los adquirentes los mismos socios que presentan el escrito de recurso que también ostentan la condición de administradores.

La sociedad, representada por los nuevos administradores, ha acreditado debidamente la falta de legitimación de la solicitante en los términos previstos en el artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil y en la doctrina de este Centro Directivo. De la documentación aportada resulta con claridad que la solicitante no ostenta en la actualidad la condición de socio.

Como ha reiterado esta Dirección General el supuesto contemplado en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital decae cuando no existe interés protegible bien porque el socio ha dejado de serlo (*vide* resoluciones de 16 de septiembre de 2009 y 30 de abril de 2012), bien porque renuncia al derecho reconocido (Resolución de 31 de enero de 2014), bien porque su posición jurídica está debidamente protegida en un momento en el que su interés se agota en la liquidación económica de su participación en la sociedad (*vide* art. 363 del Registro Mercantil y resolución de 4 de febrero de 2013) o porque se le ha entregado el informe de verificación relativo al ejercicio que solicitaba elaborado por un auditor voluntario nombrado por la sociedad (Resolución de 10 de diciembre de 2014).

Procede en consecuencia la estimación del recurso y la revocación de la resolución de nombramiento de auditor.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la resolución de la registradora mercantil de Barcelona núm. X, doña Azucena Bullón Manzano de fecha 18 de mayo de 2015.

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

Madrid, 24 de septiembre de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállico.–Sra. Registradora Mercantil núm. X de Barcelona.

Resolución de 24 de septiembre de 2015 (3.ª)

En el expediente 136/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Anfi Resorts, S.L.».

HECHOS

I

Doña, en representación de la sociedad «Anfi Internacional B. V». presentó un escrito de fecha 30 de marzo de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Las Palmas de Gran Canaria, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular su representada de un 49,9995% del capital social de «Anfi Resorts, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

En la propia instancia hace constar la solicitante, entre otras circunstancias que no son objeto de este expediente, que la sociedad está obligada a la verificación de sus cuentas anuales y del informe de gestión; que ha llegado el día 31 de diciembre de 2014, fecha de cierre del ejercicio, sin que la Junta General de socios haya designado auditor; que la causa de la solicitud es la falta continuada de información en la gestión.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la sociedad tiene designado auditor en plazo por acuerdo de la Junta General de fecha 29 de diciembre de 2014, en el que se acordó renovar por plazo de tres años (ejercicios 2014, 2015 y 2016) a la firma «Ernst & Young, S.L.», como resulta del acta de Junta, certificado de la cual se acompaña en la que consta la firma del representante de la sociedad solicitante. Que el acta está firmada por el presidente de la sociedad pendiente de la firma del secretario y de un socio que solo ostenta una participación. 2.º Falta de legitimación del solicitante por cuanto como resulta de la propia acta compareció en la citada junta y votó a favor del acuerdo de renovación de la sociedad de auditoría con cita de jurisprudencia sobre la doctrina de los propios actos. 3.º Falta de competencia del registrador mercantil para resolver el trámite de oposición de conformidad con la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de fecha 11 de octubre de 2011 de la que resulta que el registrador carece de competencia para resolver los incidentes de oposición al nombramiento de auditor por suponer una actividad jurisdiccional. 4.º Que frente a la afirmación de que la sociedad no aporta información a los socios lo cierto es que lo hace con regularidad como se acredita con certificado del director general que se acompaña.

III

El registrador mercantil requirió a la sociedad, a la vista del escrito de oposición, para que aportara al expediente el informe del auditor si se hubiere concluido o la constancia registral del acuerdo de Junta General celebrada el día 29 de diciembre de 2014.

La sociedad contestó al requerimiento mediante escrito de fecha 21 de mayo de 2015 que tuvo su entrada en el Registro Mercantil el día siguiente, en el que pone de relieve que se ha puesto a disposición de la sociedad solicitante «Anfi International B. V». el informe de auditoría realizado por la firma «Ernst & Young, S.L.», correspondiente al ejercicio 2014; que la puesta a disposición ha sido realizada mediante acta notarial autorizada por el notario de Las Palmas de Gran Canaria don Guillermo Croisser Naranjo de fecha 18 de mayo de 2015 (número 718 de su protocolo), copia de la cual se acompaña. Además el escrito hace referencia a que de conformidad con las previsiones de la Ley de Auditoría el contrato de auditoría entre la sociedad y la firma quedó prorrogado por plazo de tres años al no haber manifestado las partes voluntad en contrario a la finalización del anterior periodo de contratación.

De copia autorizada del acta a que se refiere el párrafo anterior, resulta que por diligencia de fecha 18 de mayo de 2015, el notario autorizante hizo entrega de cédula conteniendo la notificación a persona que se hizo cargo de ella. Resulta incorporada al acta copia del informe de verificación de la sociedad de fecha 15 de mayo de 2015, relativo a su ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2014 y firmado por representante de la sociedad de auditoría.

IV

El registrador mercantil de Las Palmas de Gran Canaria núm. II, don Adolfo Calandria Amiguetti dictó Resolución en fecha 26 de mayo de 2015 por la que acordó admitir la oposición y desestimar el nombramiento del auditor solicitado.

V

El mismo día 26 de mayo de 2015 tuvo entrada en el Registro Mercantil de las Palmas de Gran Canaria escrito de doña....., en representación de la sociedad «Anfi Internacional B. V». fechado el día 20 de mayo de 2015, en el que hace constar que ha recibido el informe de verificación de la sociedad en virtud del acta notarial de referencia por lo que desea llevar a cabo las siguientes alegaciones: 1.º Que la falta de información en la gestión así como la obligación de someter las cuentas anuales a verificación contable sin que antes de finalizar el periodo se haya procedido al nombramiento de auditor llevaron a su representada a solicitar del registrador mercantil la designación de auditor. 2.º Que el 30 de diciembre de 2011 se procedió a la última reelección de auditor hasta el ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2013 sin que se haya reelegido o nombrado nuevo auditor; que tampoco consta comunicación a la junta general y al Registro Mercantil de existencia de prórroga existiendo por el contrario voluntad expresa y contraria del 50% de capital a la prórroga expresada en diversas juntas; que además el contrato de la sociedad de auditoría es anterior a la Ley 1/2011 de Auditoría por lo que no cabe la prórroga tácita. se acompaña copia del acta de junta de fecha 3 de octubre de 2014 de la que resulta que su representada mostró disconformidad con la nota e informe de auditoría correspondiente a ejercicio 2012 así como copia de un correo electrónico dirigido a la sociedad en el que su representada muestra su disconformidad con su forma de actuar.

El registrador mercantil de Las Palmas notificó a la solicitante, a la vista del anterior escrito de alegaciones, que la cuestión había sido resuelta por su resolución de 26 de mayo de 2015 por la que estimaba la oposición de la sociedad al haber sido objeto de entrega el informe de auditoría correspondiente al ejercicio 2014.

VI

Doña, en representación de la sociedad «Anfi Internacional B. V». por escrito de fecha 17 de junio de 2015, que tuvo entrada el día inmediato posterior en el Registro Mercantil de Las Palmas de Gran Canaria, interpone recurso en base a los siguientes argumentos: Que la sociedad obligada a auditarse no ha nombrado auditor en el plazo previsto legalmente recayendo la competencia en el registrador mercantil. Que la resolución impugnada es incongruente por cuanto aún admitiendo que la doctrina de las resoluciones que cita sea extrapolable al supuesto del número uno del artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital la propia resolución admite que el acta que se le presenta no está firmada por el secretario de la junta ni por un socio minoritario; que la firma del representante de la sociedad corresponde a una persona que carece de facultades para representar a «Anfi Internacional B. V». ; que el motivo de todo lo anterior es que dicha reunión no se celebró; que existiendo obligación legal de presentar a inscripción el acta de acuerdos de la junta y no habiendo sido así resulta improcedente que se tenga en cuenta por el registrador mercantil como medio de prueba; que aun cuando no fuera así el documento presentado carece de los requisitos exigidos por la legislación pues como resulta de la propia resolución no consta la firma del secretario ni la del socio Ragnar Lyng por lo que no puede considerarse acreditada la existencia y válida constitución de la junta, con cita de jurisprudencia; que la documentación no habría sido susceptible de inscripción en el Registro Mercantil por lo que no puede utilizarse ahora para fundamentar la existencia del acuerdo de nombramiento de auditor. Que de todo lo anterior resulta que la sociedad no tiene nombrado auditor y se producirá el cierre futuro de su folio al no poder depositarse las cuentas correspondientes al ejercicio 2014; Que habiéndose solicitado por el socio la designación de auditor no puede verse privado de su derecho en base a una supuesta prórroga tácita del nombramiento ante-

rior sin que además se haya llevado a cabo la comunicación a la junta de socios y al Registro Mercantil previstos en el artículo 52 del reglamento de auditoría.

VII

En fecha 23 de junio de 2015, el registrador mercantil de Las Palmas de Gran Canaria elevó el expediente a esta Dirección General. En dicho escrito el registrador hace constar que en fecha 19 de junio de 2015 se presentó en el Registro Mercantil certificación expedida el día 23 de enero de 2015 por el vicesecretario de la sociedad con el visto bueno del presidente de la que resulta que dado que en el ejercicio 2014 ni el auditor de cuentas ni la sociedad han mostrado voluntad en contrario el contrato de auditoría ha quedado tácitamente prorrogado por plazo de un año acompañándose escrito de igual fecha de aceptación por la sociedad auditora.

VIII

Por medio de escrito de fecha 22 de julio de 2015, con sello de imposición de correos de fecha 29 de julio, la sociedad «Anfi Resorts, S.L.», presenta ante esta Dirección General un escrito adicional de alegaciones en el que pone de relieve: que la negativa del registrador mercantil a la solicitud de designación de auditor se fundamenta en la existencia de informe de auditoría de las cuentas correspondientes a ejercicio 2014 que han sido puestas a disposición del socio solicitante de acuerdo a la reiterada doctrina de la Dirección General sin que el hecho de que no se hubiera solicitado entonces la inscripción del nombramiento de auditor sea requisito ineludible para enervar la solicitud del socio; que la junta general de 29 de diciembre de 2014 acordó renovar a la firma de auditoría por un periodo de tres años, que estando pendiente de que el acta de la junta (ya firmada por socios que representan el 99,99% del capital social) fuera firmada por el socio restante procedió al encargo de la realización del informe de auditoría debiéndose aclarar que en todo caso el contrato de auditoría se encontraba prorrogado por aplicación directa de la Ley por lo que si que existe un previo nombramiento, aunque sea tácito, plenamente eficaz. Que la desestimación de la solicitud de nombramiento de auditor no priva de derecho alguno al socio solicitante por cuanto el nombramiento estaba efectivamente realizado, que la prórroga del nombramiento de auditor ha sido debidamente comunicada al Registro Mercantil e inscrita en el folio de la sociedad (se acompaña documentación de la que así resulta), sin que el hecho de que el escrito inicial de oposición no se fundamentara en esta prórroga tácita tenga relevancia alguna. Que en definitiva la sociedad ha llevado a cabo la realización del informe de auditoría y se ha puesto a disposición de los socios por lo que carece de fundamento la pretensión de un nuevo nombramiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 265.1 de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil así como las resoluciones citadas en el texto.

1. Con carácter previo al análisis de la cuestión de fondo es importante destacar que el objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que el artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital prevé para que se acuerde la pertinencia de nombramiento de auditor a instancia de un socio cuando no se ha nombrado tempestivamente por la sociedad. La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la Constitución Española en relación a los 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).

2. La cuestión de fondo hace referencia a si procede o no el nombramiento de auditor a instancia de un socio de sociedad obligada a la verificación de sus cuentas anuales por incumplimiento de la sociedad en el plazo previsto en el artículo 264 de la Ley de Sociedades de Capital.

Tratándose de una sociedad obligada a verificación contable (arts. 263 y 264 de la Ley de Sociedades de Capital), el nombramiento de auditor es competencia de la Junta General de socios y, en su defecto, del registrador mercantil (art. 265.1).

Cuando la sociedad obligada al nombramiento lo ha llevado a cabo de acuerdo a las normas descritas, finalizado el periodo para el que el auditor fue nombrado su cargo decae (*vide* art. 19 de la Ley de Auditoría). Si la sociedad que continúa estando obligada a verificación desea nombrar de nuevo al mismo auditor debe hacerlo expresamente. Así lo afirma el artículo 52.1 del reglamento de auditoría (en relación al artículo 19 de la Ley citado): «Una vez ha finalizado el período por el que fueron contratados los auditores de cuentas y las sociedades de auditoría para realizar la auditoría de cuentas, podrán ser prorrogados expresamente, incluso de forma sucesiva, por períodos máximos de hasta tres años».

No obstante lo anterior, el propio precepto de la Ley de Auditoría establece que: «Si a la finalización del período de contratación inicial o de prórroga del mismo, ni el auditor de cuentas o la sociedad de auditoría ni la entidad auditada manifestaren su voluntad en contrario, el contrato quedará tácitamente prorrogado por un plazo de tres años».

Por su parte dispone el número 2 del artículo 52 del reglamento de auditoría lo siguiente: «2. Para que el contrato de auditoría quede tácitamente prorrogado por un plazo de tres años, el auditor de cuentas o sociedad de auditoría y la entidad auditada no deberán manifestar su voluntad en contrario antes de que finalice el último ejercicio por el que fueron inicialmente contratados o anteriormente prorrogados, sin perjuicio de la información de dicha prórroga en la Junta General de socios. Lo anterior no exime del deber de comunicar tal hecho en el Registro Mercantil correspondiente al domicilio social de la enti-

dad auditada, mediante acuerdo o certificado suscrito por quien tenga competencia legal o estatutaria en la entidad auditada, en un plazo que no podrá ir más allá de la fecha en que se presenten para su depósito las cuentas anuales auditadas correspondientes al último ejercicio del período contratado».

De la regulación expuesta resulta con toda claridad que la prórroga del nombramiento se produce *ipso iure*, sin necesidad de una declaración expresa al respecto; no es preciso, en consecuencia, para que se produzca la prórroga del contrato, un acuerdo de la Junta General, ni siquiera del órgano de administración. Respecto a la Junta, basta que sea notificada del hecho de la existencia de prórroga producida por la falta de declaración de voluntad en contrario; declaración en contrario que en el ámbito de las sociedades de capital, correspondería al órgano de administración ya por vía expresa como por vía tácita (convocatoria de la Junta para la realización del nuevo nombramiento al que se refiere el artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital).

La norma no prevé cual será el plazo para presentar en el Registro Mercantil la prórroga del nombramiento de auditor cuando no se produzca el depósito de las cuentas anuales del último ejercicio, pero dado que la Ley sí dispone un plazo para llevar a cabo este depósito, plazo que no puede exceder de siete meses desde que se haya cerrado el último ejercicio (arts. 164, 272 y 279 de la Ley de Sociedades de Capital), resulta con claridad que la sociedad dispone de dicho plazo para presentar el documento de prórroga a que se refiere el precepto.

3. En el supuesto de hecho que da lugar a este expediente, ante la solicitud de un socio para que se designe auditor por el registrador mercantil por incumplimiento de la sociedad, aduce esta en un primer momento que ha existido nombramiento previo por acuerdo de la junta general y, en un momento posterior, que el nombramiento había quedado prorrogado. La prórroga consta inscrita en el Registro Mercantil. Además la sociedad ha acreditado, y el recurrente así lo reconoce, que el informe de verificación del ejercicio a que se refiere la solicitud del socio ha sido puesto a su disposición.

Dispone el artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital lo siguiente: «1. Cuando la junta general no hubiera nombrado al auditor antes de que finalice el ejercicio a auditar, debiendo hacerlo, o la persona nombrada no acepten 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, de acuerdo con lo dispuesto en el Reglamento del Registro Mercantil».

De donde resulta indiscutiblemente que si se acredita debidamente que la sociedad procedió al nombramiento dentro del plazo establecido, no existe posibilidad de nombramiento por el registrador mercantil. El mismo razonamiento es aplicable al supuesto de prórroga tácita previsto en el artículo 19 de la Ley de Auditoría.

Es cierto que en el presente supuesto la sociedad no ha verificado la comunicación al registrador mercantil hasta después de hecha la solicitud por el

socio, pero no lo es menos que dicha circunstancia carece de relevancia en el presente expediente. Téngase en cuenta que aunque la prórroga sea comunicada con posterioridad no se ha producido un nombramiento e inscripción por parte del registrador mercantil y no existe en consecuencia tercero protegido por los principios registrales cuya posición jurídica deba ser amparada frente a una prórroga no inscrita (art. 21 del Código de Comercio). Sólo en el supuesto en el que haya surgido un tercero inscrito decae la prórroga no comunicada tempestivamente al Registro Mercantil, circunstancia que ahora no se produce (confróntese con el supuesto de hecho de la recentísima resolución de 17 de abril de 2015). Pretender en este contexto que se nombre un nuevo auditor no solo es jurídicamente insostenible como queda acreditado sino además es económicamente injustificable sin que por ello se satisfaga interés protegible alguno distinto del ya cubierto con la actuación del auditor (*vide* sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2007).

Si añadimos a lo anterior que el informe de verificación ha sido debidamente realizado y que se ha entregado un ejemplar del mismo a la parte recurrente, es evidente que el recurso no puede prosperar. Como ha afirmado esta Dirección en numerosas ocasiones (*vide* resoluciones de 30 de julio y 6 de agosto de 2014, por todas), resulta forzoso entender que el interés que el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital pretende proteger está debidamente salvaguardado por cuanto la pretensión de que las cuentas de la sociedad sean sometidas al examen de un auditor con el fin de determinar si expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación, ha sido debidamente cumplimentado (art. 1.3 de la Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas).

4. Es cierto que en el expediente que da lugar a la presente se ha puesto de manifiesto una situación equívoca derivada de la afirmación de la sociedad de que se había producido nombramiento expreso de auditor para después afirmar que en realidad existía prórroga tácita del nombramiento anterior. En cualquier caso consta inscrita en el Registro Mercantil la prórroga del nombramiento de la sociedad auditora que lleva a cabo la auditoría del ejercicio a que se refiere la solicitud entrando en juego la presunción de exactitud y validez del artículo 20 del Código de Comercio.

La evidente situación de conflicto que existe entre las partes de este expediente no puede resolverse en su ámbito por estar limitada la competencia de esta Dirección General a determinar si concurren o no los requisitos que legitiman a un socio a solicitar del registrador mercantil el nombramiento de auditor en el supuesto del artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital.

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 ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Las Palmas de Gran Canaria núm. II, don Adolfo Calandria Amiguete de fecha 26 de mayo de 2015.

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

Madrid, 24 de septiembre de 2015.—Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.—Sr. Registrador Mercantil núm. II de Las Palmas.

Resolución de 24 de septiembre de 2015 (4.^a)

En el expediente 137/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Anfi Sales, S.L.».

HECHOS

I

Doña, en representación de la sociedad «Anfi International B. V». presentó un escrito de fecha 30 de marzo de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Las Palmas de Gran Canaria, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular su representada de un 49,9995% del capital social de «Anfi Sales, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

En la propia instancia hace constar la solicitante, entre otras circunstancias que no son objeto de este expediente, que la sociedad está obligada a la verificación de sus cuentas anuales y del informe de gestión; que ha llegado el día 31 de diciembre de 2014, fecha de

cierre del ejercicio, sin que la Junta General de socios haya designado auditor; que la causa de la solicitud es la falta continuada de información en la gestión.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la sociedad tiene designado auditor en plazo por acuerdo de la Junta General de fecha 29 de diciembre de 2014, en el que se acordó renovar por plazo de tres años (ejercicios 2014, 2015 y 2016) a la firma «Ernst & Young, S.L.», como resulta del acta de Junta, certificado de la cual se acompaña en la que consta la firma del representante de la sociedad solicitante. Que el acta está firmada por el presidente de la sociedad pendiente de la firma del secretario y de un socio que solo ostenta una participación. 2.º Falta de legitimación del solicitante por cuanto como resulta de la propia acta compareció en la citada junta y votó a favor del acuerdo de renovación de la sociedad de auditoría con cita de jurisprudencia sobre la doctrina de los propios actos. 3.º Falta de competencia del registrador mercantil para resolver el trámite de oposición de conformidad con la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de fecha 11 de octubre de 2011 de la que resulta que el registrador carece de competencia para resolver los incidentes de oposición al nombramiento de auditor por suponer una actividad jurisdiccional. 4.º Que frente a la afirmación de que la sociedad no aporta información a los socios lo cierto es que lo hace con regularidad como se acredita con certificado del director general que se acompaña.

III

El registrador mercantil requirió a la sociedad, a la vista del escrito de oposición, para que aportara al expediente el informe del auditor si se hubiere concluido o la constancia registral del acuerdo de Junta General celebrada el día 29 de diciembre de 2014.

La sociedad contestó al requerimiento mediante escrito de fecha 21 de mayo de 2015 que tuvo su entrada en el Registro Mercantil el día siguiente, en el que pone de relieve que se ha puesto a disposición de la sociedad solicitante «Anfi International B. V». el informe de auditoría realizado por la firma «Ernst & Young, S.L.», correspondiente al ejercicio 2014; que la puesta a disposición ha sido realizada mediante acta notarial autorizada por el notario de Las Palmas de Gran Canaria don Guillermo Croisser Naranjo de fecha 18 de mayo de 2015 (número 717 de su protocolo), copia de la cual se acompaña. Además el escrito hace referencia a que de conformidad con las previsiones de la Ley de Auditoría el contrato de auditoría entre la sociedad y la firma quedó prorrogado por plazo de tres años al no haber manifestado las partes voluntad en contrario a la finalización del anterior periodo de contratación.

De copia autorizada del acta a que se refiere el párrafo anterior, resulta que por diligencia de fecha 18 de mayo de 2015, el notario autorizante hizo entrega de cédula conteniendo la notificación a persona que se hizo cargo de ella. Resulta incorporada al acta copia del informe de verificación de la sociedad de fecha 15 de mayo de 2015, relativo a su ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2014 y firmado por representante de la sociedad de auditoría.

IV

El registrador mercantil de Las Palmas de Gran Canaria núm. II, don Adolfo Calandria Amigueti dictó Resolución en fecha 26 de mayo de 2015 por la que acordó admitir la oposición y desestimar el nombramiento del auditor solicitado.

V

El mismo día 26 de mayo de 2015 tuvo entrada en el Registro Mercantil de las Palmas de Gran Canaria escrito de doña....., en representación de la sociedad «Anfi Internacional B. V». fechado el día 20 de mayo de 2015, en el que hace constar que ha recibido el informe de verificación de la sociedad en virtud del acta notarial de referencia por lo que desea llevar a cabo las siguientes alegaciones: 1.º Que la falta de información en la gestión así como la obligación de someter las cuentas anuales a verificación contable sin que antes de finalizar el periodo se haya procedido al nombramiento de auditor llevaron a su representada a solicitar del registrador mercantil la designación de auditor. 2.º Que el 30 de diciembre de 2011 se procedió a la última reelección de auditor hasta el ejercicio cerrado a 31 de diciembre de 2013 sin que se haya reelegido o nombrado nuevo auditor; que tampoco consta comunicación a la junta general y al Registro Mercantil de existencia de prórroga existiendo por el contrario voluntad expresa y contraria del 50% de capital a la prórroga expresada en diversas juntas; que además el contrato de la sociedad de auditoría es anterior a la Ley 1/2011 de Auditoría por lo que no cabe la prórroga tácita. Se acompaña copia del acta de junta de fecha 3 de octubre de 2014 de la que resulta que su representada voto en contra de la aprobación de las cuentas del ejercicio 2013 así como copia de un correo electrónico dirigido a la sociedad en el que su representada muestra su disconformidad con su forma de actuar.

El registrador mercantil de Las Palmas notificó a la solicitante, a la vista del anterior escrito de alegaciones, que la cuestión había sido resuelta por su resolución de 26 de mayo de 2015 por la que estimaba la oposición de la sociedad al haber sido objeto de entrega el informe de auditoría correspondiente al ejercicio 2014.

VI

Doña, en representación de la sociedad «Anfi Internacional B. V». por escrito de fecha 17 de junio de 2015, que tuvo entrada el día inmediato posterior en el Registro Mercantil de Las Palmas de Gran Canaria, interpuso recurso contra la anterior resolución en base a los siguientes argumentos: Que la sociedad obligada a auditarse no ha nombrado auditor en el plazo previsto legalmente recayendo la competencia en el registrador mercantil. Que la resolución impugnada es incongruente por cuanto aún admitiendo que la doctrina de las resoluciones que cita sea extrapolable al supuesto del número uno del artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital la propia resolución admite que el acta que se le presenta no está firmada por el secretario de la junta ni por un socio minoritario; que la firma del representante de la sociedad corresponde a una persona que carece de facultades para representar a «Anfi Internacional B. V». ; que el motivo de todo lo anterior es que dicha reunión no se celebró; que existiendo obligación legal de presentar a inscripción el acta de acuerdos de la junta y no habiendo sido así resulta impropio que se tenga en cuenta por el registrador mercantil como medio de prueba; que aun cuando no fuera así el documento presentado carece de los requisitos exigidos por la legislación pues como resulta de la propia resolución no consta la firma del secretario ni la del socio Ragnar Lyng por lo

que no puede considerarse acreditada la existencia y válida constitución de la junta, con cita de jurisprudencia; que la documentación no habría sido susceptible de inscripción en el Registro Mercantil por lo que no puede utilizarse ahora para fundamentar la existencia del acuerdo de nombramiento de auditor. Que de todo lo anterior resulta que la sociedad no tiene nombrado auditor y se producirá el cierre futuro de su folio al no poder depositarse las cuentas correspondientes al ejercicio 2014; Que habiéndose solicitado por el socio la designación de auditor no puede verse privado de su derecho en base a una supuesta prórroga tácita del nombramiento anterior sin que además se haya llevado a cabo la comunicación a la junta de socios y al Registro Mercantil previstos en el artículo 52 del reglamento de auditoría.

VII

En fecha 23 de junio de 2015, el registrador mercantil de Las Palmas de Gran Canaria elevó el expediente a esta Dirección General. En dicho escrito el registrador hace constar que en fecha 19 de junio de 2015 se presentó en el Registro Mercantil certificación expedida el día 23 de enero de 2015 por el vicesecretario de la sociedad con el visto bueno del presidente de la que resulta que dado que en el ejercicio 2014 ni el auditor de cuentas ni la sociedad han mostrado voluntad en contrario el contrato de auditoría ha quedado tácitamente prorrogado por plazo de un año acompañándose escrito de igual fecha de aceptación por la sociedad auditora.

VIII

Por medio de escrito de fecha 22 de julio de 2015, con sello de imposición de correos de fecha 29 de julio, la sociedad «Anfi Resorts, S.L.», presenta ante esta Dirección General un escrito adicional de alegaciones en el que pone de relieve: que la negativa del registrador mercantil a la solicitud de designación de auditor se fundamenta en la existencia de informe de auditoría de las cuentas correspondientes a ejercicio 2014 que han sido puestas a disposición del socio solicitante de acuerdo a la reiterada doctrina de la Dirección General sin que el hecho de que no se hubiera solicitado entonces la inscripción del nombramiento de auditor sea requisito ineludible para enervar la solicitud del socio; que la junta general de 29 de diciembre de 2014 acordó renovar a la firma de auditoría por un periodo de tres años, que estando pendiente de que el acta de la junta (ya firmada por socios que representan el 99,99% del capital social) fuera firmada por el socio restante se procedió al encargo de la realización del informe de auditoría debiéndose aclarar que en todo caso el contrato de auditoría se encontraba prorrogado por aplicación directa de la Ley por lo que si que existe un previo nombramiento aunque sea tácito pero plenamente eficaz. Que la desestimación de la solicitud de nombramiento de auditor no priva de derecho alguno al socio solicitante por cuanto el nombramiento estaba efectivamente realizado, que la prórroga del nombramiento de auditor ha sido debidamente comunicada al Registro Mercantil e inscrita en el folio de la sociedad (se acompaña documentación de la que así resulta), sin que el hecho de que el escrito inicial de oposición no se fundamentara en esta prórroga tácita tenga relevancia alguna. Que en definitiva la sociedad ha llevado a cabo la realización del informe de auditoría y se ha puesto a disposición de los socios por lo que carece de fundamento la pretensión de un nuevo nombramiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 89, 107 y 113 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 265.1 de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil así como las resoluciones citadas en el texto.

1. Con carácter previo al análisis de la cuestión de fondo es importante destacar que el objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que el artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital prevé para que se acuerde la pertinencia de nombramiento de auditor a instancia de un socio cuando no se ha nombrado tempestivamente por la sociedad. La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la Constitución Española en relación a los artículos 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y resoluciones de este Centro de 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010, entre otras).

2. La cuestión de fondo hace referencia a si procede o no el nombramiento de auditor a instancia de un socio de sociedad obligada a la verificación de sus cuentas anuales por incumplimiento de la sociedad en el plazo previsto en el artículo 264 de la Ley de Sociedades de Capital.

Tratándose de una sociedad obligada a verificación contable (arts. 263 y 264 de la Ley de Sociedades de Capital), el nombramiento de auditor es competencia de la Junta General de socios y, en su defecto, del registrador mercantil (art. 265.1).

Cuando la sociedad obligada al nombramiento lo ha llevado a cabo de acuerdo a las normas descritas, finalizado el periodo para el que el auditor fue nombrado su cargo decae (*vide* art. 19 de la Ley de Auditoría). Si la sociedad que continúa estando obligada a verificación desea nombrar de nuevo al mismo auditor debe hacerlo expresamente. Así lo afirma el artículo 52.1 del reglamento de auditoría(en relación al artículo 19 de la Ley citado): «Una vez ha finalizado el período por el que fueron contratados los auditores de cuentas y las sociedades de auditoría para realizar la auditoría de cuentas, podrán ser prorrogados expresamente, incluso de forma sucesiva, por períodos máximos de hasta tres años».

No obstante lo anterior, el propio precepto de la Ley de Auditoría establece que: «Si a la finalización del período de contratación inicial o de prórroga del mismo, ni el auditor de cuentas o la sociedad de auditoría ni la entidad auditada manifestaren su voluntad en contrario, el contrato quedará tácitamente prorrogado por un plazo de tres años».

Por su parte dispone el número 2 del artículo 52 del reglamento de auditoría lo siguiente: «2. Para que el contrato de auditoría quede tácitamente prorrogado por un plazo de tres años, el auditor de cuentas o sociedad de auditoría y la entidad auditada no deberán manifestar su voluntad en contrario antes de que finalice el último ejercicio por el que fueron inicialmente contratados o anteriormente prorrogados, sin perjuicio de la información de dicha prórroga en la Junta General de socios. Lo anterior no exime del deber de comunicar tal hecho en el Registro Mercantil correspondiente al domicilio social de la entidad auditada, mediante acuerdo o certificado suscrito por quien tenga competencia legal o estatutaria en la entidad auditada, en un plazo que no podrá ir más allá de la fecha en que se presenten para su depósito las cuentas anuales auditadas correspondientes al último ejercicio del período contratado».

De la regulación expuesta resulta con toda claridad que la prórroga del nombramiento se produce ipso iure, sin necesidad de una declaración expresa al respecto; no es preciso, en consecuencia, para que se produzca la prórroga del contrato, un acuerdo de la Junta General, ni siquiera del órgano de administración. Respecto a la Junta, basta que sea notificada del hecho de la existencia de prórroga producida por la falta de declaración de voluntad en contrario; declaración en contrario que en el ámbito de las sociedades de capital, correspondería al órgano de administración ya por vía expresa como por vía tácita (convocatoria de la Junta para la realización del nuevo nombramiento al que se refiere el artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital).

La norma no prevé cual será el plazo para presentar en el Registro Mercantil la prórroga del nombramiento de auditor cuando no se produzca el depósito de las cuentas anuales del último ejercicio, pero dado que la Ley si dispone un plazo para llevar a cabo este depósito, plazo que no puede exceder de siete meses desde que se haya cerrado el último ejercicio (arts. 164, 272 y 279 de la Ley de Sociedades de Capital), resulta con claridad que la sociedad dispone de dicho plazo para presentar el documento de prórroga a que se refiere el precepto.

3. En el supuesto de hecho que da lugar a este expediente, ante la solicitud de un socio para que se designe auditor por el registrador mercantil por incumplimiento de la sociedad, aduce ésta en un primer momento que ha existido nombramiento previo por acuerdo de la junta general y, en un momento posterior, que el nombramiento había quedado prorrogado. La prórroga consta inscrita en el Registro Mercantil. Además la sociedad ha acreditado, y el recurrente así lo reconoce, que el informe de verificación del ejercicio a que se refiere la solicitud del socio ha sido puesto a su disposición.

Dispone el artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital lo siguiente: «1. Cuando la junta general no hubiera nombrado al auditor antes de que finalice el ejercicio a auditar, debiendo hacerlo, o la persona nombrada no acepten el cargo o no pueda cumplir sus funciones, los administradores y cualquier socio podrán solicitar del registrador mercantil del domicilio social la desig-

nación de la persona o personas que deban realizar la auditoría, de acuerdo con lo dispuesto en el Reglamento del Registro Mercantil».

De donde resulta indiscutiblemente que si se acredita debidamente que la sociedad procedió al nombramiento dentro del plazo establecido, no existe posibilidad de nombramiento por el registrador mercantil. El mismo razonamiento es aplicable al supuesto de prórroga tácita previsto en el artículo 19 de la Ley de Auditoría.

Es cierto que en el presente supuesto la sociedad no ha verificado la comunicación al registrador mercantil hasta después de hecha la solicitud por el socio, pero no lo es menos que dicha circunstancia carece de relevancia en el presente expediente. Téngase en cuenta que aunque la prórroga sea comunicada con posterioridad no se ha producido un nombramiento e inscripción por parte del registrador mercantil y no existe en consecuencia tercero protegido por los principios registrales cuya posición jurídica deba ser amparada frente a una prórroga no inscrita (art. 21 del Código de Comercio). Sólo en el supuesto en el que haya surgido un tercero inscrito decae la prórroga no comunicada tempestivamente al Registro Mercantil, circunstancia que ahora no se produce (confróntese con el supuesto de hecho de la recentísima resolución de 17 de abril de 2015). Pretender en este contexto que se nombre un nuevo auditor no solo es jurídicamente insostenible como queda acreditado sino además es económicamente injustificable sin que por ello se satisfaga interés protegible alguno distinto del ya cubierto con la actuación del auditor (*vide* sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2007).

Si añadimos a lo anterior que el informe de verificación ha sido debidamente realizado y que se ha entregado un ejemplar del mismo a la parte recurrente, es evidente que el recurso no puede prosperar. Como ha afirmado esta Dirección en numerosas ocasiones (*vide* resoluciones de 30 de julio y 6 de agosto de 2014, por todas), resulta forzoso entender que el interés que el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital pretende proteger está debidamente salvaguardado por cuanto la pretensión de que las cuentas de la sociedad sean sometidas al examen de un auditor con el fin de determinar si expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación, ha sido debidamente cumplimentado (art. 1.3 de la Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas).

4. Es cierto que en el expediente que da lugar a la presente se ha puesto de manifiesto una situación equívoca derivada de la afirmación de la sociedad de que se había producido nombramiento expreso de auditor para después afirmar que en realidad existía prórroga tácita del nombramiento anterior. En cualquier caso consta inscrita en el Registro Mercantil la prórroga del nombramiento de la sociedad auditora que lleva a cabo la auditoría del ejercicio a

que se refiere la solicitud entrando en juego la presunción de exactitud y validez del artículo 20 del Código de Comercio.

La evidente situación de conflicto que existe entre las partes de este expediente no puede resolverse en su ámbito por estar limitada la competencia de esta Dirección General a determinar si concurren o no los requisitos que legitiman a un socio a solicitar del registrador mercantil el nombramiento de auditor en el supuesto del artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital.

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 ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Las Palmas de Gran Canaria núm. II, don Adolfo Calandria Amiguetti de fecha 26 de mayo de 2015.

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

Madrid, 24 de septiembre de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador Mercantil núm. II de Las Palmas de G. C.

Resolución de 24 de septiembre de 2015 (5.ª)

En el expediente 138/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Jumanda, S.L.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito de fecha 12 de enero de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Sevilla, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Jumanda, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

Acompaña copia de la escritura de fecha 14 de octubre de 2003 autorizada por el notario de Sevilla don Mariano Toscano San Gil por la que se llevó a cabo la constitución de la sociedad «Jumanda, S.L.», suscribiendo el solicitante la cantidad de 25 participaciones sociales números 76 al 100, ambas inclusive.

Acompaña igualmente copia de la inscripción 4.ª del folio de la sociedad de la que resulta que por acuerdo alcanzado por unanimidad en la junta general universal celebrada el día 23 de abril de 2013, la sociedad aumento su capital suscribiendo el solicitante 998 participaciones sociales, números 3095 al 4092, ambos inclusive. El capital social quedó fijado en la cantidad de 123.005,52 céntimos hallándose dividido en 4092 participaciones sociales de 36,06 céntimos cada una de ellas. También resulta que la titularidad de las nuevas participaciones se ha hecho constar en el libro registro de socios.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º El solicitante carece de la condición de socio como resulta de la escritura pública, copia de la cual se acompaña, en la que vendió la totalidad de sus participaciones. Con fecha 12 de marzo de 2014, la Audiencia Provincial de Sevilla dictó sentencia por la que declaró eficaz la compraventa. 2.º Que además y como resulta de la propia sentencia el solicitante actúa de mala fe, como ratifica el hecho de llevar a cabo la solicitud a pesar de carecer de la condición de socio. 3.º Que al no ser socio de la entidad, la ampliación a la que concurrió con carácter ad cautelam no puede ser considerada válida. 4.º Que la sociedad carece de liquidez para hacer frente al pago de honorarios de un auditor.

Acompaña a su escrito copia de la escritura pública autoriza el día 13 de mayo de 2010 por el notario de Sevilla don Arturo Otero López-Cubero por la que el solicitante, don, en lo que aquí interesa, vende 25 participaciones sociales de la sociedad «Jumanda, S.L.», números 76 al 100, ambos inclusive, a don y don que las compran en la forma determinada en el título. Consta como cláusula quinta, condición suspensiva, lo siguiente: «Las parte someten la eficacia de la presente compraventa de participaciones a la condición suspensiva de que la parte compradora, según está representada, lleve a cabo la cancelación de los avales prestados por la parte vendedora a las entidades Bancaja, «Banco Bilbao Vizcaya, S.A.» y Banco de Andalucía en relación al préstamo que dichas entidades tienen otorgado a «Jumanda, S.L.» y....., en un plazo máximo de 6 meses, lo cual, una vez que lo lleve a cabo lo notificará de forma fehaciente a la parte vendedora».

También acompaña copia de la sentencia 64/2014, de fecha 12 de marzo de 2014 de la sección sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla por la que se declara la eficacia de la escritura referenciada anteriormente en relación a la compraventa de las participaciones sociales de la sociedad «Jumanda, S.L.». La sentencia no es firme.

III

Mediante escrito de fecha 27 de enero de 2015, el solicitante lleva a cabo las siguientes alegaciones: 1.º Que la sentencia a que hace referencia el escrito de oposición ha sido recurrida ante el Tribunal Supremo por lo que carece de firmeza, como se acredita mediante aportación de copia de diligencia de ordenación. 2.º Que con independencia de lo anterior la condición de socio del solicitante deriva de la ampliación de capital documentada en la escritura pública de fecha 30 de abril de 2013 ante el notario don Javier López Cano y de la que resulta su adquisición de 998 participaciones sociales. 3.º Que la afirmación del administrador social de que la sociedad carece de liquidez carece de respaldo alguno estando el folio de la sociedad cerrado por falta de depósito de cuentas.

Acompaña a su escrito copia del recurso interpuesto ante la Audiencia para ante el Tribunal Supremo y copia de la diligencia de ordenación de la Audiencia Provincial de Sevilla de fecha 21 de abril de 2014 por la que se tiene por interpuesto el recurso de casación por interés casacional.

IV

El registrador mercantil de Sevilla núm. III, don Juan Ignacio Madrid Alonso dictó Resolución en fecha 4 de junio de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

Por lo que a la cuestión de legitimación se refiere el registrador mercantil fundamenta su decisión en que si bien existe litispendencia acreditada sobre la totalidad de las participaciones adquiridas en virtud de la escritura fundacional, no existe resolución de ningún tipo ni circunstancia que desvirtúe que el solicitante es titular de 998 participaciones adquiridas en el acuerdo de ampliación de la sociedad. No queda desvirtuada esta circunstancia pues no resulta en modo alguno acreditada la invalidez de los acuerdos de ampliación de capital en su día formalizados.

V

Don, por escrito de fecha 29 de junio de 2015, que tuvo entrada el día siguiente en el Registro Mercantil de Sevilla, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: 1.º Que el Excmo. Tribunal Supremo ha dictado auto de inadmisión del recurso de casación por lo que la escritura pública de 13 de mayo de 2010 por la que el solicitante vendió la totalidad de sus participaciones despliega todos sus efectos. 2.º Que como resulta de la propia sentencia el solicitante ha actuado de mala fe por lo que dicha circunstancia es relevante en el expediente. 3.º Al no ser socio por venta de sus participaciones la ampliación de capital a la que acudió es inválida. En la propia Junta se verificaron dos votaciones y se adoptaron dos acuerdos diferentes para el caso de que al solicitante se reconociera o no la condición de socio por lo que acreditado el hecho de que no lo es, el acuerdo adoptado para dicha contingencia debe desplegar todos sus efectos. 4.º Que reitera que el solicitante actúa de mala fe así como el hecho de que la sociedad carece de liquidez para hacer frente a los gastos de auditoría.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. Son hechos acreditado y relevantes para la resolución del expediente los siguientes:

a) En fecha 14 de octubre de 2003, el solicitante suscribe en el acto fundacional, 25 participaciones, números 76 al 100, ambas inclusive, de la sociedad.

b) En fecha 13 de mayo de 2010, el solicitante, don, vende las 25 participaciones sociales, números 76 al 100, ambos inclusive, sujeta a condición suspensiva.

c) En fecha 23 de abril de 2013, la sociedad aumenta su capital suscribiendo el solicitante 998 participaciones sociales, números 3095 al 4092, ambos inclusive.

d) Por sentencia de 12 de marzo de 2014 de la sección sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla se declara la eficacia de la escritura de compraventa referida. La sentencia no es firme y existe acreditada la interposición de recurso de casación.

2. La sociedad basa su recurso en tres motivos por los que considera debe revocarse la resolución del registrador mercantil de Sevilla.

El primer motivo de recurso se fundamenta en la falta de legitimación del solicitante al carecer de la condición de socio y, como contrapartida, la de la enervación, en su caso, por parte de la sociedad. Dicha cuestión ha sido reiteradamente abordada por este Centro Directivo que ha entendido suficiente, a los efectos de justificar la condición de socio, la aportación de un principio de prueba por escrito, pues se estima que el Reglamento del Registro Mercantil –art. 351.2– no ha pretendido ser especialmente exigente con el socio a la hora de exigirle que acredite documentalmente su condición, e incluso que no siempre resulta exigible dicha justificación documental –«en su caso», dice el precepto–. Por su parte y en lo referente a la negación de la legitimación se ha concluido –a pesar del tenor literal del artículo 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil– que por sí sola no basta para justificar la oposición y que es necesario que la sociedad aporte, a su vez, prueba que demuestre que 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: las escrituras de constitución y posterior ampliación de capital inscri-

tas en el folio de la sociedad (arts. 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil), lo que conlleva que el objeto de este expediente se concrete en determinar si la sociedad ha acreditado de forma suficiente que el solicitante haya perdido su condición de socio.

Y lo cierto es que no es así. La oposición de la sociedad y su recurso se basan en dos afirmaciones que no resultan acreditadas en el expediente. Por la primera se afirma que la escritura de compraventa de fecha 13 de mayo de 2010, por la que el solicitante, don, vende las 25 participaciones sociales adquiridas en el acto de constitución de la sociedad, números 76 al 100, ambos inclusive, despliega todos sus efectos privándole de la condición de socio. Lo cierto sin embargo es que la eficacia de dicha escritura se encuentra, conforme al contenido de este expediente, en contradicho. Consta acreditado en el expediente que la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de fecha 12 de marzo de 2014 por la que se declara su plena eficacia ha sido objeto de recurso de casación ante el Tribunal Supremo. El recurrente afirma que dicho recurso no ha sido admitido a trámite y que la sentencia de la Audiencia ha devenido firme, pero no respalda su afirmación con documentación alguna que lo acredite por lo que consecuentemente no puede afirmarse, en el ámbito de este expediente, que así sea.

Como ha reiterado esta Dirección (Resoluciones de 22 de septiembre de 2012, 13 de mayo y 20 de diciembre de 2013 y 31 de enero, 5 de agosto, 1 de octubre y 10 de diciembre de 2014, entre las más recientes), procede la suspensión del procedimiento cuando, con anterioridad a la presentación de la instancia del socio en el Registro Mercantil solicitando la auditoría, se está discutiendo en vía judicial su legitimación, bien porque se discuta el porcentaje de participación en el capital social, bien para discutir si es titular de participaciones concretas o de un porcentaje sobre un conjunto de ellas o bien para discutir, como ahora se hace, su condición de socio., 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, circunstancia que, se reitera, no resulta del expediente.

Ahora bien dicha suspensión no procede en el supuesto que da lugar a la presente porque el solicitante ha acreditado ser titular de otro paquete de participaciones, el adquirido en la ampliación de capital, que le legitima para ejercer el derecho reconocido en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. La sociedad recurrente estima que no es así pues careciendo de la condición de socio al tiempo del aumento de capital en virtud de la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla su adquisición habría devenido nula. Esta es la segunda afirmación que no puede mantenerse. Como resulta de los hechos y de lo anteriormente expuesto, la base de dicha afirmación, al firmeza de la sentencia, no consta acreditado en este expediente. Además y como acertadamente señala el registrador mercantil en su resolución, la inscripción registral de la que deriva el aumento de capital y la adquisición de una participación suficiente por parte del solicitante está plenamente vigente y sin con-

tradición en el folio de la sociedad. Consecuentemente y de conformidad con la previsión del artículo 20 del Código de Comercio su contenido se presume exacto y válido, presunción que se encuentra bajo la salvaguardia judicial y que despliega sus efectos mientras no sea objeto de destrucción. Tampoco resulta del expediente, como afirma el escrito de recurso, que el aumento de capital se acordase condicionado al mantenimiento de la condición de socio del solicitante. En definitiva, acreditado por el solicitante mediante un principio suficiente de prueba su condición de socio, la sociedad no ha conseguido acreditar de igual forma que tal aseveración no responde a la realidad por lo que no procede sino la desestimación del motivo de recurso.

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

Este Centro Directivo no puede valorar la conducta del solicitante como pretende la sociedad recurrente. El objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital prevé para que se acuerde la pertinencia de nombramiento de auditor a instancia de la minoría. Es cierto como afirma el recurrente que la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla lleva a cabo un pronunciamiento al respecto, pero ni dicho pronunciamiento es firme ni puede extenderse más allá del objeto de la litis que, como resulta del contenido de la sentencia, se limita a la compraventa documentada el día 13 de mayo de 2010 en escritura pública y que no alcanza, a falta de un pronunciamiento judicial al respecto, al posterior acuerdo de ampliación de capital. En definitiva, la competencia de esta Administración viene limitada por el objeto de este expediente sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento 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. También ha de desestimarse el motivo que alude a la falta de liquidez de la compañía para hacer frente a los gastos inherentes a la auditoría. Los costes de la verificación contable, de acuerdo con el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital, integrados esencialmente por el importe de los honora-

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

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Sevilla núm. III, don Juan Ignacio Madrid Alonso de fecha 4 de junio de 2015.

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

Madrid, 24 de septiembre de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador Mercantil núm. III de Sevilla.

Resolución de 24 de septiembre de 2015 (6.ª)

En el expediente 139/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Conex Levante, S.L.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito de fecha 6 de marzo de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Valencia, en el que tuvo su entrada el día 13 de marzo 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 «Conex Levante, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la sociedad tiene designado auditor voluntario por medio de acuerdo del consejo de administración adoptado el día 26 de noviembre de 2014. 2.º Que tratándose de un nombramiento voluntario el consejo tiene competencia para llevar a cabo el nombramiento sin que sea preceptiva su inscripción en el Registro Mercantil. Que el motivo de tal designación obedece a la salida del socio instante en su calidad de consejero delegado y trabajador por lo que la sociedad ha querido acreditar que su actuación ha sido transparente y diligente.

Requerida la sociedad para que justificase el nombramiento, acompaña en fecha 22 de mayo de 2015 escrito fechado el mismo día del que resulta que se acompaña certificado expedido el día 18 de mayo de 2015 de los acuerdos del consejo de administración en sesión celebrada el día 26 de noviembre de 2014. En el escrito se hace constar que se trata de una sociedad con un reducido número de socios, que la finalidad del acuerdo es poner a disposición de los socios las cuentas debidamente auditadas en el marco de su derecho de información y que del nombramiento ha resultado el establecimiento de una relación contractual con la firma auditora lo que debe ser valorado por el registrador mercantil.

III

El registrador mercantil de Valencia núm. IV, don Luis Orts Herranz dictó Resolución en fecha 28 de mayo de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado al no resultar fehacientemente que el nombramiento es de fecha anterior a la solicitud del socio y porque no se ha acreditado garantizar en modo alguno el derecho resultante.

IV

Don y posteriormente, tras requerimiento de subsanación del registrador mercantil, don, como apoderado de la sociedad, por escrito de fecha 19 de junio de 2015 y de subsanación de 30 de junio inmediato posterior, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: 1.º Que de conformidad con los usos y prácticas mercantiles los acuerdos del consejo de administración se documentan sin que exista intervención de notario que acredite fecha fehaciente; que la jurisprudencia entiende que el artículo 1227 del Código Civil establece una presunción iuris tantum que admite prueba en contrario. 2.º Que la exigencia de garantía del derecho del socio minoritario que se articula mediante la inscripción en el Registro Mercantil del nombramiento de auditor voluntario, la entrega del informe de verificación o su incorporación al expediente, debe interpretarse con la finalidad perseguida por el legislador puesta de manifiesto, en lo que se aplica a este expediente, en el escrito de oposición; que no es preceptiva la inscripción de nombramiento de auditor voluntario y que en la fecha de la solicitud no se habían iniciado los trabajos de verificación por lo que difícilmente podría haberse aportado el informe; que de hecho se han paralizado los trabajos de verificación en previsión de una resolución en contrario.

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 y 17 de junio de 2014 entre otras muchas), este Centro Directivo ha mantenido que la finalidad del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital es la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la estructura empresarial, para lo cual dicho artículo reconoce y regula el derecho a la verificación de la contabilidad social por un profesional independiente nombrado por el Registrador Mercantil a instancia de los socios que reúnan un mínimo de participaciones sociales o acciones equivalentes al 5% del capital social y siempre que presenten su solicitud en los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social.

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

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

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

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

2. En el expediente que da lugar a la presente el cumplimiento de ambos requisitos se encuentra en cuestión. En primer lugar porque la resolución impugnada afirma que la falta de fehaciencia de la fecha del documento por el que se pretende acreditar la existencia de un nombramiento voluntario anterior impide tener por acreditado dicho extremo.

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

3. No ocurre lo mismo con el requisito relativo al aseguramiento del interés protegible. En el supuesto de este expediente aún admitiendo que la sociedad ha justificado debidamente la existencia de nombramiento de auditor con carácter previo a la solicitud del socio, no ha acreditado en modo alguno que

se haya adoptado un mínimo de acciones que permita reconocer que el derecho de acceso al informe de verificación contable se ha salvaguardado.

Ciertamente tiene razón la sociedad cuando afirma que no se puede pretender que el informe de verificación esté completado en fecha cercana a la del cierre de ejercicio. Al respecto es preciso tener en cuenta: a) que la sociedad no está obligada a verificación por lo que su contabilidad no tiene por qué revestir una especial complejidad (*vide* arts. 254, 257, 258 y 261 en relación al artículo 263 de la Ley de Sociedades de Capital); b) que la sociedad no ha solicitado la inscripción del nombramiento de auditor en el Registro Mercantil, inscripción que se puede verificar sin necesidad de elevar a público el acuerdo del órgano de administración (arts. 154 y 192 en relación al 141 del Reglamento del Registro Mercantil); c) que de conformidad con el artículo 270 de la Ley de Sociedades de Capital el plazo ordinario para la elaboración del informe de verificación es el de un mes desde que se haya puesto a disposición del auditor la documentación oportuna; d) que al tiempo de emitir esta resolución han transcurrido más de seis meses desde el cierre del ejercicio social, plazo en el que la Junta Ordinaria de la sociedad debe aprobar las cuentas anuales previa convocatoria, momento en el que ya debe existir el informe de verificación a disposición de los socios (art. 164 en relación al 272 de la Ley de Sociedades de Capital); e) que de lo anterior resulta que ha transcurrido un plazo razonable para la emisión del informe de verificación y sin embargo la sociedad no lo ha aportado al expediente ni ha justificado en modo alguno que lo ha puesto a disposición del socio minoritario (*vide* art. 8 del Real Decreto 1517/2011, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas). En realidad la sociedad reconoce que los trabajos de verificación no se han completado por lo que es evidente que el interés del socio minoritario no está ni puede estar satisfecho al tiempo de la presente.

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

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Valencia núm. IV, don Luis Orts Herranz de fecha 28 de mayo de 2015.

Lo que, con devolución del expediente, traslado a V. S. para su conocimiento y a fin de que proceda a su notificación a los interesados, significando-

les que esta resolución, que pone fin a la vía administrativa, podrá ser impugnada ante la jurisdicción civil ordinaria, previa la correspondiente reclamación administrativa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 120 a 124 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Madrid, 24 de septiembre de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállico.–Sr. Registrador Mercantil núm. IV de Valencia.

Resolución de 19 de octubre de 2015 (1.ª)

En el expediente 140/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Ampal Andalucía, S.A.».

HECHOS

I

Doña, presentó un escrito de fecha 19 de marzo de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Sevilla, en el que tuvo su entrada el 20 de marzo de 2015, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular del 25% del capital social de «Ampal Andalucía, S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º) Que recientemente la sociedad se opuso al nombramiento de auditor instado por don, que resulta ser cónyuge de la solicitante y Consejero Delegado de la sociedad cuya auditoría se solicita, habiendo perfecta identidad de intereses entre ellos. Se entiende por tanto que las alegaciones efectuadas para oponerse a la petición formulada por el Sr. Palma son válidas en relación a su esposa, siendo más que probable, que la petición de nombramiento de auditor responda a la intención de soslayar las argumentaciones basadas en la condición de Consejero Delegado que ostenta en la mercantil. 2.º) Abuso de derecho. 3.º) Su esposo compareció el 18 de julio de 2014, en representación de la solicitante y en su condición de Consejero Delegado y accionista, en las oficinas de la sociedad acompañado de Notario y experto en contabilidad para examinar toda la documentación contable, pudiendo obtener copia de todos los documentos relativos a la contabilidad del año 2013. 4.º) No hay impedimento para actuar del mismo modo respecto del ejercicio 2014 y llevar a cabo una auditoría de facto como la que hizo de las cuentas de 2013. 5.º) La sociedad está atravesando graves dificultades económicas por el acusado descenso de las ventas, y el nombramiento de auditor conllevaría impor-

tantes perjuicios económicos. Se acompaña copia del Acta de Notificación y Requerimiento autorizada por el Notario don Francisco Federico Rosales de Salamanca y Rodríguez el día 17 de julio de 2014, número 435 de su protocolo.

III

El Registrador Mercantil de Sevilla, don Juan Ignacio Madrid Alonso dictó Resolución en fecha 9 de junio de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don, por escrito de fecha 3 de julio de 2015, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Sevilla, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos, poniendo de manifiesto además, que el Sr. Manuel Palma Irlés presentó en primer lugar la solicitud de nombramiento de auditor, para luego retirarla y presentar idéntica solicitud en nombre de su esposa. Se solicita que se eleve a este Centro Directivo el expediente de nombramiento de auditor instado por el Sr. Palma, de idéntico formato y contenido al instado por su esposa.

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, 196, 197 y 272 de la Ley de Sociedades Capital, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y 6 y 7 del Código Civil así como las resoluciones citadas en el texto.

1. No puede ser apreciada la primera de las razones aducidas por la sociedad, en su escrito de recurso, relativa a la condición de ser la solicitante esposa del Sr. Palma y existir identidad de intereses entre ellos. Tal y como señala el Registrador Mercantil de Sevilla, el hecho de que la peticionaria esté casada y conviva con don Manuel, accionista y Consejero Delegado de la sociedad, no afecta a los derechos individuales que cada uno de los accionistas ostenta frente a la mercantil. Así, la solicitante reúne los requisitos de capital y tiempo exigidos para que la petición prospere, no afectando el cargo que su marido ostente en la sociedad al ejercicio de su derecho. De todo ello resulta que no puede admitirse la solicitud de la recurrente de que se eleve a este Centro Directivo el expediente de nombramiento de auditor formulado por el Sr., puesto que cada solicitud ha sido efectuada por un accionista y el presente procedimiento tiene por objeto resolver sobre si el solicitante de la auditoría, de un determinado expediente, reúne los requisitos exigidos por la

ley para que se proceda a su nombramiento o si, por el contrario, aun concurriendo existe causa eficaz de enervar su petición.

2. Tampoco puede ser estimada la segunda de las alegaciones relativa a la que solicitud se hace con abuso del derecho, por ser el esposo de la solicitante partícipe activo del Consejo de Administración. Como este Centro Directivo ha mantenido reiteradamente, el limitado ámbito de conocimiento atribuido a este procedimiento impide examinar dichas motivaciones, ya que, si bien es cierto que éstas no serán siempre legítimas y que en nuestro Ordenamiento jurídico el ejercicio de cualquier derecho está condicionado a su utilización con buena fe y no ampara el abuso del derecho o su ejercicio antisocial (*cf.* arts. 6 y 7 del Código Civil), también lo es que las determinaciones internas de la voluntad no deben examinarse en este procedimiento y no solo porque las intenciones maliciosas no puedan presumirse nunca sino porque, además, siempre quedará expedita a la sociedad la vía jurisdiccional civil para obtener, en su caso, la reparación de los perjuicios ocasionados (Resoluciones de 14 de junio de 2012 y 6 de febrero de 2013 por todas).

3. Del mismo modo, no pueden apreciarse la tercera y cuarta causas de recurso esgrimidas por la recurrente como fundamento de su pretensión, consistentes en que el esposo de la solicitante, y miembro del Consejo de Administración, hubiera ejercitado en su propio nombre y derecho, y en el de su esposa y solicitante, en relación al ejercicio 2013, el derecho a examinar las cuentas, no existiendo impedimento para que, de igual modo, lo ejercitase respecto del ejercicio 2014. La Dirección General de los Registros y del Notariado, ha mantenido que no pueden, en modo alguno, confundirse el derecho a conocer y examinar las cuentas sociales, o derecho de información que asiste a todos los socios de entidades mercantiles, con independencia del porcentaje de capital que ostenten en la compañía con el derecho a la verificación contable que reconoce el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital a aquellos que reúnan un porcentaje de acciones o participaciones sociales equivalentes al menos al 5% de capital social y que presenten su solicitud dentro de los tres meses siguientes al cierre del ejercicio a auditar. Resulta evidente que ambos derechos, aunque relacionados, son distintos tanto por la finalidad y requisitos e independientes en su ejercicio, ya que éste último tiene la finalidad de que las cuentas anuales sean verificadas por un auditor de cuentas ajeno a la estructura empresarial de la sociedad afectada por la solicitud, siendo así que el ejercicio de uno no puede impedir ni obstaculizar el ejercicio de otro. Así resulta de los artículos 196, 197 y 272 de la Ley de Sociedades de Capital y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 13 de agosto, 1 de septiembre y 6 de octubre de 2010, entre otras.

4. Por último, respecto de la cuestión relativa a la carga económica que supone para la sociedad la solicitud de verificación de cuentas, es doctrina reiteradísima de este Centro Directivo que las consideraciones en torno a grave situación económica que está atravesando la sociedad, no pueden frus-

trar la solicitud de nombramiento de auditor, puesto que el legislador ha dispuesto con carácter taxativo y sin que quepa margen interpretativo alguno, que los costes que la auditoría comporta corren siempre de cuentas de la sociedad, sin perjuicio de la situación económica en que se encuentre (*vide* art. 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 26 de noviembre de 2009, 23 de abril y 17 de diciembre de 2010, entre otras).

En su virtud, esta Dirección General ha acodado desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil de Sevilla, don Juan Ignacio Madrid Alonso, de fecha 9 de junio de 2015.

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

Madrid, 19 de octubre de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállico.–Sr. Registrador Mercantil de Sevilla.

Resolución de 19 de octubre de 2015 (2.ª)

En el expediente 141/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de una interesada en «Grueso y García, S.L.».

HECHOS

I

Doña, presentó un escrito de fecha 24 de marzo de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Sevilla, en el que tuvo su entrada el día 27 inmediato posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular la sociedad de gananciales junto con su esposo don de más del 5% del capital social de «Grueso y García, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

Acompaña a su solicitud copia de la escritura de constitución de la sociedad autorizada por el notario de Palma del Rio don Rafael J. Vadillo Ruiz el día 17 de septiembre de 2004. En dicho documento comparece, además de otra persona, don, casado en régimen de gananciales con doña..... El compareciente suscribe el 50% del capital social representado por 1505 participaciones de las 3010 emitidas, aportando su importe en dinero.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la solicitante no es socio de la sociedad pues, tras la ampliación de capital llevada a cabo con carácter privativo el día 18 de enero de 2005, la sociedad de gananciales es titular de un 10,75% del capital social como se justifica con la documentación que se dirá. 2.º Que el titular de las participaciones adquiridas en la escritura de constitución es don por lo que de conformidad con los artículos 1384 y 1375 del Código Civil es el único legitimado para los actos de administración y disposición sobre las participaciones sin que haya autorizado la actuación de su esposa con la que se encuentra en trámites de divorcio y sin perjuicio de que se le adjudique en la futura liquidación participaciones de la sociedad.

Acompaña copia de la escritura autorizada por el notario de Palma del Río don Rafael J. Vadillo Ruiz el día 18 de enero de 2005 de la que resulta que los socios de la sociedad, reunidos en junta general y universal, amplían el capital social emitiendo 10.990 nuevas participaciones sociales equivalentes a 10.990 euros, de las que don suscribe 5495 participaciones sociales aportando la mitad de una maquinaria que le pertenece con carácter privativo. El capital queda fijado en la suma de 14.000 euros representado por 14.000 participaciones sociales de un euro cada una.

Acompaña copia de la escritura autorizada por el notario de Palma del Río don Rafael J. Vadillo Ruiz el día 31 de mayo de 2005 en la que comparece, además de otra persona, doña..... al efecto de ratificar el carácter del bien privativo aportado para el desembolso de las participaciones sociales suscritas.

III

La solicitante, mediante escrito de alegaciones de fecha 13 de mayo de 2015 lleva a cabo las siguientes alegaciones: 1.º Que don y doña..... son titulares del 10,75% de las participaciones sociales. 2.º Que siendo cierto que los cónyuges se encuentran en fase de divorcio, lo cierto es que el matrimonio continúa vigente por lo que adquiridas las participaciones por la sociedad de gananciales de conformidad con los artículos 1347 y 1348 del Código Civil, la solicitante reúne el capital necesario para solicitar el nombramiento de auditor.

IV

El registrador mercantil de Sevilla núm. III, don Juan Ignacio Madrid Alonso dictó Resolución en fecha 9 de junio de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

V

Don, en representación de la sociedad, por escrito de fecha 3 de julio de 2015, 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 argumentos: 1.º Que en la escritura de constitución de la sociedad solo él compareció al efecto de suscribir participaciones. 2.º Que la condición de socio es *intuitu personae* siendo irrelevante el régimen económico matrimonial del socio. 3.º Que es errada la aplicación del artículo 1375 del Código Civil. 4.º Que la doctrina más autorizada afirma que las participa-

ciones sociales son siempre privativas aunque se hayan adquirido conforme a la sociedad de gananciales pero incluso aunque sean gananciales, este carácter solo tiene relevancia a efectos internos pues frente a la sociedad la participación corresponde al suscriptor. 5.º Que la resolución no ha tenido en cuenta el artículo 104 de la Ley de Sociedades de Capital que solo reconoce como socio al inscrito en el libro registro. 6.º Que conforme al artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital aún aceptando, que no lo hace, la existencia de una comunidad con personalidad propia sería preciso el nombramiento de un representante. 7.º Que en cualquier caso el socio se opone conforme al artículo 1375 del Código Civil a lo actuado por su esposa.

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. Son hechos relevantes e indiscutidos por las partes los siguientes:

a) Don suscribió un 50% del capital de la sociedad al tiempo de su constitución en estado de casado con doña..... en régimen de sociedad de gananciales y mediante aportación en metálico.

b) Tras una ampliación de capital llevada a cabo mediante aportación privativa de don, por confesión de la esposa, la participación del socio con carácter ganancial queda reducida al 10,75% del capital social.

c) Don y su esposa doña..... se encuentran en proceso de divorcio sin que hasta la fecha se haya producido la liquidación del régimen económico de gananciales.

La cuestión se centra en determinar si la esposa de un socio que adquirió sus participaciones constante la sociedad de gananciales está legitimada para ejercitar el derecho reconocido en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital habida cuenta de los cónyuges se encuentran en trámites de divorcio.

2. Esta Dirección General ha reiterado (*vide* resoluciones de 16 de mayo de 2012 y 4 de noviembre de 2013 por todas), que en el supuesto de participaciones sociales adquiridas por un cónyuge constante matrimonio existe una cotitularidad sobre todos los bienes que integran la comunidad ganancial que excluye la atribución de cuotas partes sobre los mismos, por tratarse de una comunidad germánica, en la que está vedada la disposición de los bienes por uno solo de los cónyuges sin perjuicio de la previsión del artículo 1384 del Código Civil. Como quiera que el ejercicio del derecho a la verificación contable no entraña ninguna facultad de disposición, sino que se ubica dentro de los actos de gestión y buena administración por ser su finalidad la de conocer la verdadera situación financiera y patrimonial de la empresa, se ha de con-

cluir que los cónyuges están legitimados indistintamente para obtener el nombramiento registral de auditor de cuentas.

3. La doctrina anterior no puede ser mantenida pues no es conforme con la propia de los órganos jurisdiccionales a la que esta Administración debe acomodarse. Dichos órganos han ido conformando una doctrina basada en la distinción entre los efectos que el carácter ganancial de las acciones o participaciones tiene entre los cónyuges con el carácter personal de la relación entre la sociedad y el socio titular de modo que aquellos no pueden interferir en el funcionamiento de esta. El carácter ganancial o no de acciones o participaciones es una cuestión ajena a la condición de socio que en nuestro ordenamiento mercantil se vincula exclusivamente a su titularidad, como a la misma se vincula el ejercicio de los derechos inherentes a tal condición. Como afirma el artículo 91 de la Ley de Sociedades de Capital: «Cada participación social y cada acción confieren a su titular legítimo la condición de socio y le atribuyen los derechos reconocidos en esta Ley y en los estatutos». En el mismo sentido, entre otros, los artículos 93, 99.1, 102, 104, 122, 126, 179, 183, 184, 188, 291, 292, 346, 353, 393 de la propia Ley de Sociedades de Capital.

Afirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 20 de julio de 1998 que: «... por ser cónyuge del socio, no se adquiere dicha condición, sino que tan solo se tiene posibilidad de ello por medio de un acto de transmisión». Y continúa: «Tampoco se trata de copropiedad de participaciones, pues en ese caso ambos cónyuges debían constar como copropietarios de las participaciones sociales y la designación formal a uno de ellos para el ejercicio de los derechos de socio (art. 35 LSRL), circunstancias que no se especifican en el presente caso donde solo aparece uno de los cónyuges como socio fundador y único propietario de las participaciones sociales suscritas. El hecho de que el titular de las participaciones sociales se halle casado bajo el régimen de sociedad de gananciales, no hace más que otorgar una serie de derechos al cónyuge no titular sobre el valor económico de tales participaciones: a percibir dividendos, a una cuota determinada del valor de realización de las participaciones al momento de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales».

Con mayor despliegue argumentativo afirma lo siguiente la Audiencia Provincial de Madrid en su sentencia de 18 de julio de 2000: «debe distinguirse, en las sociedades de capital, entre la titularidad de las participaciones y el derecho de asistencia a las Juntas. La seguridad jurídica en este tipo de sociedades, y la obligación legal de llevanza de un Libro Registro de Socios, implica que el ejercicio del derecho de asistencia a la Junta derive de la inscripción en el Libro Registro (art. 27 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada), o que se acredite frente a la sociedad, mediante documento público o escritura pública, que se es titular de los derechos políticos derivados de dichas participaciones (art. 26 de la Ley especial)». Y continúa: «El hecho de que el titular de las participaciones sociales, como ocurre en el caso de autos, se halle casado bajo el régimen de sociedad de gananciales, no hace

más que otorgar una serie de derechos al cónyuge no titular sobre el valor económico de tales participaciones a percibir dividendos, a una cuota determinada del valor de realización de las participaciones al momento de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, pero no le otorga derechos políticos frente a la sociedad salvo representación del titular (art. 49 de la Ley especial). Pero es que, aunque no fuera así y se considerara la existencia de una cotitularidad compartida sobre las participaciones, entraría en juego lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley especial, para supuestos de cotitularidad o copropiedad de participaciones, esto es, los cónyuges copartícipes habrían de designar una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio, designación que debería notificarse a la sociedad previamente a la Junta e inscribirse en el Libro Registro de socios, en aras de la seguridad jurídica y en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 26 y 27 de la Ley especial ya citados».

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

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

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

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

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

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

5. También tiene declarado esta Dirección General, como ha mantenido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que tras la disolución del matrimonio se abre un periodo transitorio en el que subsiste una comunidad postganancial, en tanto no se proceda a su liquidación, en la que hay una cotitularidad sobre todos los bienes que la integran que excluye la atribución de cuotas partes sobre los mismos, por tratarse de una comunidad germánica, en la que está vedada la disposición de los bienes por cualquiera de los cónyuges pero, en ningún caso lo está la administración y gestión de los mismos (sentencias del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1998 y 10 de julio de 2005).

En base a la misma doctrina se ha considerado reiteradamente por esta Dirección que acreditado el carácter ganancial de las participaciones y la concurrencia de causa de disolución, el cónyuge no titular estaba legitimado para el ejercicio del derecho reconocido en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital afirmando que no debe confundirse el supuesto de comunidad postganancial con el previsto en el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital, relativo a la copropiedad de participaciones y acciones, dado que se trata de comunidades de bienes radicalmente distintas.

6. Procede sin embargo revisar igualmente esta doctrina pues no existe una causa fundada para aplicar a la comunidad postganancial un régimen distinto del previsto por el ordenamiento para cualquier género de comunidad. Así lo expresa el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital con toda claridad: «La misma regla se aplicará a los demás supuestos de cotitularidad de derechos sobre participaciones o acciones». Así lo ha afirmado de forma reiterada esta Dirección en relación a otras comunidades de tipo germánico como la que surge al fallecimiento del socio titular entre los llamados a su herencia (Resoluciones de 28 de julio y 3 de noviembre de 2014).

Consecuentemente cuando se ponga de manifiesto ante la sociedad el hecho de la disolución de la sociedad de gananciales de la que forma parte el socio titular y la consecuente existencia de una situación de cotitularidad

postganancial, será de plena aplicación la previsión del artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital en cuanto exige «designar una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio» pues solo 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 concurren 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 solo 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).

7. 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).

8. Aplicadas las anteriores consideraciones al supuesto que da lugar a la presente procede la estimación del recurso pues acreditado en el expediente la naturaleza ganancial de las participaciones sociales y existiendo conformidad en la afirmación de que concurre causa de disolución de la sociedad de gananciales, no puede uno de los partícipes arrogarse el ejercicio de los derechos inherentes a la condición de socio sino resulta que ha sido designado para ello (art. 126 de la Ley de Sociedades de Capital). No resultando acreditado en el expediente que la liquidación de la sociedad de gananciales esté sujeta a procedimiento judicial contencioso no procede resolver la suspensión del procedimiento.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Sevilla núm. III, don Juan Ignacio Madrid Alonso de fecha 9 de junio de 2015.

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

Madrid, 19 de octubre de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.–Sr. Registrador Mercantil núm. III Sevilla.

Resolución de 19 de octubre de 2015 (3.ª)

En el expediente 142/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de socios de «Hijos de Vidal Bedia, S.L.».

HECHOS

I

Don y don presentaron un escrito de fecha 17 de marzo de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Asturias, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitaron, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del

Reglamento del Registro Mercantil y como titulares de más del 5% del capital social de «Hijos de Vidal Bedia, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014. Se acompaña Escritura de compra de participaciones sociales autorizada por el Notario de Navia don Francisco Enrique Ledesma Muñiz, número 1392 de protocolo.

II

La sociedad solicitó la suspensión del procedimiento, al objeto de permitir al auditor voluntariamente nombrado la emisión de su informe, y se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º La sociedad no está obligada a la verificación contable, como prevé el artículo 263.1 de la Ley de Sociedades de Capital. 2.º) El Consejo de Administración acordó el 9 de marzo de 2015, el nombramiento voluntario de auditor para que proceda a la revisión de auditoría de las cuentas anuales de 2014. Al objeto de acreditar lo anterior se acompañan: escritura autorizada por el Notario de Navia, don Francisco Enrique Ledesma Muñiz en la que se elevan a públicos los acuerdos adoptados en la Junta General de 28 de febrero de 2015; certificación de los acuerdo del Consejo de Administración adoptados en reunión de fecha 20 de marzo de 2015; y copia del correo electrónico remitido a los dos socios solicitantes.

III

La registradora mercantil de Asturias, dictó Resolución en fecha 7 de abril de 2015 por la que acordó admitir la suspensión del procedimiento.

IV

Mediante diligencia de mejor proveer, dictada el 15 de mayo de 2015, la registradora mercantil de Asturias, requirió a la sociedad para que en el plazo de 10 días presentase copia del informe de auditoría.

V

La sociedad solicitó la prórroga de la suspensión.

VI

La registradora mercantil accedió a prorrogar la suspensión, en virtud de resolución de fecha 1 de junio de 2015.

VII

Don, Presidente del Consejo de Administración de «Hijos de Vidal Bedia, S.L.», presentó en el Registro Mercantil de Asturias un ejemplar del informe de auditoría de cuentas anuales correspondiente al ejercicio 2014.

VIII

La registradora mercantil de Asturias, dictó Resolución en fecha 12 de junio de 2015 por la que acordó admitir la oposición y denegar el nombramiento de auditor solicitado.

X

Don y don, por escrito de fecha 9 de julio, que tuvo entrada el 13 de julio de 2015 en el Registro Mercantil de Asturias, interpusieron recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución en base a los siguientes argumentos: 1.º) El nombramiento de auditor por el Consejo de Administración de la Sociedad es nulo, por cuanto excede de sus competencias. No se ha acreditado que la aceptación del auditor sea de fecha fehaciente anterior a la solicitud. 2.º) Se cuestiona la imparcialidad y objetividad de la entidad auditora por las manifestaciones que en el propio informe de auditoría se recogen. 3.º) El informe de auditoría adolece de numerosas «deficiencias» y «errores».

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, 209, 264 y 265.2 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 prosperar la primera de las causas de recurso alegada por los recurrentes relativa a que el Consejo de Administración carece de competencia para nombrar auditor de cuentas.

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

2. Por otra parte, se plantea nuevamente en el presente expediente la cuestión de cuándo y en qué condiciones la auditoría voluntaria presentada por la sociedad puede enervar el derecho del socio que ha acreditado las circunstancias de capital y tiempo legalmente exigidas. Al respecto, este Centro Directivo ha mantenido que, siendo la finalidad del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital la de reforzar la posición de los socios minoritarios dentro de la estructura empresarial, permitiéndoles conocer si la contabilidad social refleja la verdadera situación patrimonial y financiera de la empresa en la que participan mediante un informe de las cuentas anuales realizada por un experto independiente, no frustra el derecho del socio el origen del nombramiento, ya sea judicial, voluntario o registral, puesto que el auditor, como profesional independiente, inscrito en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas, ha de realizar su actividad conforme a las normas legales, reglamentarias y técnicas que regulan la actividad auditora.

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

En el presente caso el caso consta que la fecha fehaciente del nombramiento de auditor es anterior a la presentación de la instancia solicitando el nombramiento de auditor. Sin embargo no se acredita que la aceptación del auditor nombrado sea anterior. No obstante, de una valoración conjunta resulta que la aceptación fue anterior, no existiendo razón que permita presumir la falsedad en la declaración o fraude en la declaración o en los derechos de los socios minoritarios que, de haberse producido, debería ser cuestión a ventilar ante los tribunales y no en el marco de este expediente que únicamente tiene por objeto la determinación de si procede la revisión por un auditor de las cuentas anuales de un determinado ejercicio. Sin perjuicio de ello, es necesario aclarar que, con independencia de la fecha fehaciente anterior del nombramiento y de la aceptación, lo cierto es que, ya se proceda al nombramiento voluntario o al registral, los derechos de los socios minoritarios, que han formulado su solicitud, se verían plenamente satisfechos y garantizados, ya que la revisión de las cuentas se llevaría a cabo por un auditor. Por todo ello, garantizado en el presente expediente el derecho de los socios peticionarios, no hay razón para que justifique que se proceda a un nuevo nombramiento de auditor por la registradora mercantil.

3. No puede ser estimada la segunda de las razones esgrimidas en el escrito de recurso consistente en las dudas de los recurrentes sobre la imparcialidad u objetividad del auditor designado voluntariamente. El presente procedimiento únicamente tiene por objeto determinar si concurren, o no, los requisitos

legales para que sea procedente el nombramiento registral de auditor, o si, por el contrario, aun concurriendo, se enerva el derecho de los solicitantes por haberse nombrado voluntariamente un auditor de cuentas y por haberse garantizado el derecho de los socios minoritarios a la auditoría, antes de resolver sobre la solicitud, como es el caso, o antes del eventual recurso interpuesto, Por tanto dentro de su estrecho cauce no puede pretenderse el conocimiento de otras materias reservadas a otras Administraciones o a los Tribunales de Justicia (art. 354.3 del Reglamento del Registro Mercantil).

Así, la legislación de auditoría establece que los auditores, en el ejercicio de su función, están sujetos al sistema de supervisión pública y control de su actividad, labor que la propia Ley encomienda al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (arts. 27 y 28 de Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas). Entre sus competencias se encuentra no solo el control de calidad de las actividades ejercidas por los auditores sino también las de control de la actividad de auditoría de cuentas y el ejercicio de la potestad disciplinaria. A tal efecto y en la materia concreta que nos ocupa los auditores están sujetos a un régimen severo de obligaciones (*vide* arts. 13 y siguientes de su Ley reguladora), cuyo incumplimiento está tipificado como falta administrativa muy grave o grave (*vide* arts. 33 y 34 de la Ley).

La objetividad, imparcialidad e independencia del auditor de cuentas son principios vertebradores de la actividad auditora y quedan salvaguardados por la Ley de Auditoría de Cuentas así como por su Reglamento de Ejecución y las Normas Técnicas de Auditoría. El artículo 11 de la Ley de Auditoría encomienda a los propios auditores el deber de abstenerse en los supuestos en que puedan incurrir en causa de incompatibilidad atribuyendo al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas la competencia de velar por el adecuado cumplimiento del deber de independencia, así como de valorar en cada trabajo concreto la posible falta de independencia de un auditor de cuentas o sociedad de auditoría.

Si los interesados creen vulnerados dichos principios siempre podrán ejercitar las acciones administrativas de responsabilidad disciplinaria ante el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.

De este modo si el recurrente considera que la actuación 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. Por las mismas razones y en base a los mismos fundamentos, este Centro Directivo carece de competencia para pronunciarse sobre los supuestos defectos y errores que aprecia la parte recurrente en el informe elaborado por el auditor nombrado voluntariamente por el consejo de administración.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Asturias, doña María Concepción Solance del Castillo, de fecha 12 de junio de 2012.

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

Madrid, 19 de octubre de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sra. registradora Mercantil Asturias.

Resolución de 19 de octubre de 2015 (4.^a)

En el expediente 144/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Residencial Villarmero 2000, S.L.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito de fecha 9 de febrero de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Burgos, en el que tuvo su entrada el día 18 de marzo posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de un 38,81% del capital social de «Residencial Villarmero 2000, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º El socio solicitante acumula innumerables actos lesivos para los intereses sociales, de cuyo devenir se ha desinteresado, como resulta de distinta documentación que acompaña. Dichos actos no tienen otra finalidad que la de obtener cifras ilusorias por la cesión de sus participaciones sociales. 2.º El socio solicitante no acude a las juntas de la sociedad, contradicción que pone de relieve su auténtica intención: estorbar a la empresa haciéndole incurrir en gastos innecesarios. Toda la información se remite al solicitante dejando constancia de su recepción. 3.º El gasto de auditoría es innecesario para la sociedad que solo emite doce facturas al año. 4.º La solicitud no expresa causa seria sin que deba bastar la mera petición. 5.º La participación del socio no es la que proclama su solicitud sino de un 31, 18%.

III

Tras los trámites procedimentales oportunos, el registrador mercantil de Burgos, don Ramón-Vicente Modesto Caballero dictó Resolución en fecha 15 de mayo de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don, como administrador único de la sociedad, por escrito de fecha 10 de junio de 2015, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Burgos, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. El recurso no puede prosperar porque ninguno de los motivos de recurso puede enervar el derecho que al socio minoritario reconoce el artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital. Antes de entrar en los concretos motivos es preciso precisar que el objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital prevé para que se acuerde la pertinencia de nombramiento de auditor a instancia de la minoría. La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (art. 117 de la Constitución Española en relación a los arts. 2 y 9.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y resoluciones de este Centro de 17 de septiembre y 4 de noviembre de 2009 y 22 de octubre de 2010, entre otras). Consecuentemente, no se llevará a cabo ningún pronunciamiento en relación a las cuestiones planteadas por las partes en este expediente y que son ajenas a su naturaleza y objeto.

2. El primer motivo de recurso no puede ser estimado porque la designación de auditor a instancia de la minoría no depende de la conducta del socio instante sino del cumplimiento de los requisitos que para ello exige la legislación vigente. Es cierto que 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), pero 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 (*vide* resoluciones citadas).

Este Centro Directivo no puede valorar la conducta del solicitante como pretende la sociedad recurrente pues como queda reiterado, 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.

3. Igual destino desestimatorio merece el segundo motivo y por las mismas causas que acaban de expresarse. Tampoco es relevante a los efectos de este expediente que, como dice el escrito de recurso, la sociedad informe adecuadamente de la situación contable al socio instante. Los derechos de información y auditoría, aunque complementarios y relacionados entre sí, resultan distintos por su finalidad y requisitos e independientes en cuanto a las condiciones para su ejercicio. Los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, independientemente de si ejercieron previamente su derecho a solicitar información financiera o contable o si, por cualquier otra circunstancia como la de ejercer en su día el cargo de administrador, tuvieron acceso a la contabilidad social (*vide* arts. 196 y 197 en relación con los arts. 253 y 272 de la Ley de Sociedades de Capital). Téngase en cuenta que el objeto de este expediente no es determinar si el socio minoritario puede acceder o no a la información contable sino si tiene derecho a que se designe un auditor a fin de obtener una opinión técnica, independiente e imparcial sobre si las cuentas «expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación» (art. 1 del Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas).

4. Tampoco puede estimarse el motivo que hace referencia a la inutilidad de los costes asociados a la realización de la auditoría. Los costes de la verificación contable, de acuerdo con el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital, integrados esencialmente por el importe de los honorarios profesionales (art. 267 del mismo texto legal), corren a cargo de la sociedad. Como ha reiterado este Centro (Resolución de 27 de febrero de 2013 y 31 de enero, 30 de julio, 4 y 5 de agosto de 2014 entre las más recientes), el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital no deja margen a la interpretación por lo que con independencia de cuales sean las condiciones económicas de la sociedad y el perjuicio económico alegado, se impone el derecho individual del socio a conocer el estado contable de la sociedad y a su verificación por auditor nombrado por el Registro Mercantil.

5. La falta de expresión de una causa o de una causa «seria» tampoco pueden ser estimados. 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 inexpressión de la causa de la petición o su expresión inadecuada es intrascendente en este procedimiento de nombramiento registral de auditor a instancia de los socios minoritarios de entidades mercantiles (en este sentido pueden verse las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 12 y 23 de julio, 7 de octubre de 2010 y 11 y 31 de marzo, 4 y 11 de junio, 24 y 30 de julio y 4 y 5 de agosto de 2014 entre otras muchas).

6. La circunstancia de si el porcentaje de capital que ostenta el socio solicitante es una u otra resulta igualmente irrelevante dado que en cualquier caso, como reconoce la sociedad, el porcentaje es superior al mínimo exigido por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

Procede en definitiva desestimar el recurso. Si la sociedad recurrente considera que la actuación del socio incurre en fraude de Ley, en abuso de Derecho o entiende que su situación jurídica no es debidamente respetada tiene abierta la vía jurisdiccional para que en un procedimiento plenario, con audiencia de las personas interesadas y con plenitud de medios de prueba alegue lo que estime oportuno en su defensa (*vide* 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.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Burgos, don Ramón-Vicente Modesto Caballero de fecha 15 de mayo de 2015.

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

Madrid, 19 de octubre de 2015.—Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.—Sr. Registrador Mercantil de Burgos.

Resolución de 26 de octubre de 2015

En el expediente 143/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Frical Ultracongelados, S.A.».

HECHOS

I

Doña, presentó un escrito de fecha 19 de marzo de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Sevilla, en el que tuvo su entrada el 20 de marzo de 2015, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Frical Ultracongelados, S.A.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad mediante escrito suscrito por el Presidente del Consejo de Administración, don se opuso a la pretensión del socio alegando: «1.º Recientemente la Sociedad se opuso al nombramiento de auditor en el expediente 12/15 instado por don, cónyuge de doña....., habiendo una perfecta identidad de intereses entre ambos por lo que los motivos entonces aducidos lo son igualmente ahora. 2.º El derecho recogido en los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 354 del Registro Mercantil de solicitar auditoría de cuentas puede quedar enervado al ser el solicitante partícipe activo del Consejo de Administración. 3.º El marido de doña....., con quien convive y le representa en todos los asuntos de la Sociedad ostenta la condición de miembro del Consejo de Administración, y de consejero delegado; además en relación a las cuentas de 2013, compareció en las oficinas de la Sociedad acompañado del Notario don Francisco Rosales de Salamanca Rodríguez y del experto en contabilidad don José Luis Félix Domínguez, para examinar los documentos contables de la Entidad, pudiendo acceder a toda la información documental de la misma. Ningún impedimento ni obstáculo se encontró el señor respecto al citado ejercicio a la hora de hacer efectivo su derecho a información como accionista y, en nombre de su esposa. Ello unido a que, como miembro del Consejo de Administración y Consejero Delegado de la Sociedad pudo acceder de forma ilimitada a toda la información contable. 4.º La solicitud de nombramiento de auditor por parte del Registro Mercantil conllevaría importantes perjuicios económicos para la Sociedad, en una situación de graves dificultades económicas».

III

Con fecha cinco de mayo de dos mil quince, se presenta escrito suscrito en Sevilla, el día cuatro de mayo, por doña....., en el que lleva a cabo determinadas alegaciones reiterando su solicitud de nombramiento de auditor.

IV

El Registrador Mercantil de Sevilla, don Juan Ignacio Madrid Alonso dictó Resolución en fecha 9 de junio de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

V

Don, por escrito de fecha 20 de julio de 2015, que tuvo entrada el día siguiente en el Registro Mercantil de Sevilla, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. El recurso no puede prosperar porque los motivos en que se basa no pueden enervar el derecho del socio minoritario a obtener el nombramiento de auditor para la verificación de las cuentas anuales de la sociedad reconocido en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

En primer lugar porque el hecho de que con anterioridad se haya instado por el marido de la solicitante el nombramiento de auditor al que la Sociedad se opuso, no impide que pueda solicitarse de nuevo el nombramiento de auditor, siempre que no haya sido efectivamente nombrado para verificarlas y la solicitud reúna los requisitos establecidos en la Ley de tiempo, forma y concurrencia de capital, todos ellos presentes en el expediente que da lugar a la presente. El derecho individual de la socia instante no queda perjudicado porque con anterioridad se hubiese instado por otro socio el derecho a solicitar la designación de auditor; la propia sociedad reconoce que la instante es socio de la sociedad.

2. Respecto a la segunda y tercera causa de oposición, que por ser complementarias la una de la otra se analizarán conjuntamente, el hecho de que la solicitante sea esposa de un miembro del Consejo de Administración que pudo tener acceso a los datos contables de la Sociedad, no afecta en ningún caso al derecho que asiste al socio que reúna los requisitos de capital, tiempo y forma recogidos en la Ley, de solicitar el nombramiento de un auditor de cuentas que verifique las cuentas de la Sociedad. A ello hay que añadir que el posible derecho de información al que se alude en el expediente y que a juicio de la Sociedad tuvieron tanto la solicitante como su esposo, es un derecho

que, aunque complementario del derecho a solicitar el nombramiento de auditor, resulta distinto por su finalidad y requisitos, y es, como ha resaltado el Registrador Mercantil, independiente en su ejercicio.

Como ha reiterado esta dirección, no es aceptable pretender enervar el derecho del socio minoritario apelando a un presunto conocimiento previo de las cuentas sociales (*vide* resoluciones de este Centro de 7 de mayo de 2012 y 5 de febrero y 28 de mayo de 2013 y 17 de junio de 2014). En ningún caso la apelación a dicha circunstancia puede enervar la pretensión de nombramiento, dado que los derechos de información y auditoría, aunque complementarios y relacionados entre sí, resultan distintos por su finalidad y requisitos e independientes en cuanto a las condiciones para su ejercicio. Los socios que reúnan las condiciones legalmente exigidas pueden solicitar del Registrador Mercantil el nombramiento de un auditor de cuentas, independientemente de si ejercieron previamente su derecho a solicitar información financiera o contable o si, por cualquier otra circunstancia como la de ejercer en su día el cargo de administrador, tuvieron acceso a la contabilidad social (*vide* arts. 196 y 197 en relación con los arts. 253 y 272 de la Ley de Sociedades de Capital). Téngase en cuenta que el objeto de este expediente no es determinar si el socio minoritario puede acceder o no a la información contable sino si tiene derecho a que se designe un auditor a fin de obtener una opinión técnica, independiente e imparcial sobre si las cuentas «expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación» (art. 1 del Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas).

3. Respecto al perjuicio económico que pudiera ocasionar la auditoría no es admisible como causa de oposición al nombramiento de auditor, sin prejuzgar sobre la certeza o no de dicha afirmación, pues vulneraría los artículos 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y el 359 del Reglamento del Registro Mercantil en los que sin excepciones afirma que el citado coste se realice con cargo a la sociedad con independencia de su situación económica.

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

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del Registrador Mercantil III de Sevilla, don Juan Ignacio Madrid Alonso, de fecha 9 de junio de 2015.

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

Madrid, 26 de octubre de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador Mercantil núm. III de Sevilla.

Resolución de 28 de octubre de 2015

En el expediente 145/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Cat Helicopters, S.L.».

HECHOS

I

Don presentó un escrito de fecha 27 de marzo de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Barcelona, en el que tuvo su entrada el día 30 inmediato posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Cat Helicopters, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que el solicitante carece de legitimación activa por cuanto se encuentra interpuesta querrela criminal por el mismo siendo uno de los hechos controvertidos la titularidad de sus participaciones. 2.º Falta de expresión de la causa de la solicitud. 3.º La diligencia de remisión se realizó a la sociedad el día 2 de abril de 2015 por lo que incurre en extemporaneidad. 4.º Ya existe un informe llevado a cabo por la sociedad Acaudit Auditores en el ámbito del proceso penal, copia de la cual se acompaña. Además se ha encargado otro informe a la misma firma de auditoría por lo que de conformidad con la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2007 y a

la doctrina de la propia Dirección General de los Registros y del Notariado no procede el nombramiento de un nuevo auditor que implicaría además un gasto absurdo.

III

Tras distintos trámites, la registradora mercantil de Barcelona núm. X, doña Azucena Bullón Manzano dictó Resolución en fecha 3 de julio de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don, en representación de la sociedad, por escrito de fecha 29 de julio de 2015, que tuvo entrada el día inmediato posterior en el Registro Mercantil de Barcelona, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de oposición que se dan por reproducidos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. El recurso no puede prosperar pues ninguno de los motivos en que se fundamenta enerva la sólida resolución de la registradora mercantil de Barcelona por la que se acuerda la no procedencia de la oposición de la sociedad a la designación de auditor.

En primer lugar porque la sociedad no ha desvirtuado en absoluto la legitimación activa del solicitante. Dicha cuestión ha sido reiteradamente abordada por este Centro Directivo que ha entendido suficiente, a los efectos de justificar la condición de socio, la aportación de un principio de prueba por escrito, pues se estima que el Reglamento del Registro Mercantil –art. 351.2– no ha pretendido ser especialmente exigente con el socio a la hora de exigirle que acredite documentalmente su condición, e incluso que no siempre resulta exigible dicha justificación documental –«en su caso», dice el precepto–. Por su parte y en lo referente a la negación de la legitimación se ha concluido –a pesar del tenor literal del art. 354.2 del Reglamento del Registro Mercantil– que por sí sola no basta para justificar la oposición y que es necesario que la sociedad aporte, a su vez, prueba que demuestre que no reúne tal condición, pretendiendo con ello no introducir un desequilibrio en el principio de igualdad jurídica de las partes intervinientes que evidentemente la Ley no pretende (*vide* resoluciones de 11 de marzo, 30 de julio, 12 de septiembre de 2014 y 11 de marzo de 2015 entre otras muchas).

En el caso que nos ocupa, se ha aportado por el solicitante un principio de prueba: la escritura de aumento de capital debidamente inscrita y la escritura de compraventa posterior, de las que resulta ostentar un porcentaje de capital superior al exigido legalmente (art. 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital). La sociedad, por su parte no ha aportado prueba alguna demostrativa de que hubiera perdido su condición de socio o de que el porcentaje de capital ostentado sea inferior al mínimo legal. Las alegaciones de la recurrente intentan trasladar al peticionario de la auditoría la carga de una prueba adicional no exigida ni legal ni reglamentariamente, olvidando que éste ya ha demostrado, al menos, que fue socio y, bajo su responsabilidad, que sigue siéndolo en la actualidad. Corresponde ahora, por tanto, a la sociedad probar –y no lo ha hecho– que el socio ha dejado de serlo, por lo que no cabe sino reconocer que está legitimado para solicitar la auditoría.

De la documentación aportada por la sociedad a requerimiento de la registradora mercantil resulta la existencia de diligencias previas 5881/2013 ante el juzgado de Instrucción número 13 de Barcelona en virtud de querrela interpuesta en representación de don apareciendo como querrelados don y don Del contenido de la querrela, conforme al testimonio aportado, resulta que el escrito de querrela, entre otras cuestiones, plante al existencia de un delito de falsedad documental del que puede derivar la falta de validez de la escritura autorizada ante el notario de Barcelona don José Vicente Torres Montero por la que el señor vendió 4.150.253 participaciones de «Cat helicopters, S.L.», a su hermana doña..... así como la de la escritura autorizada por el mismo notario el día 19 de septiembre de 2012 por la que la sociedad «Sanauja Park Village 2006, S.L.», vendió 498.032 participaciones de «Cat helicopters, S.L.», a la sociedad «Promtus Aerus, S.L.». Del mismo documento de querrela resulta la afirmación de que el ahora solicitante ostenta en la sociedad «Cat Helicopters, S.L.», un número de participaciones de 4.316.263 equivalentes a un 26% del capital social. Es decir del propio documento aportado por la sociedad resulta: 1.º Que el socio instante es titular de un número de participaciones de la sociedad «Cat Helicopters, S.L.», que le legitiman para el ejercicio del derecho reconocido a los socios en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. 2.º Que el socio instante afirma la existencia de un delito de falsedad documental que puede afectar a la validez de dos escrituras de transmisión de participaciones de la sociedad que en ningún caso afectan a su titularidad como persona física ni al porcentaje que ostenta en el capital social.

Es cierto que es doctrina reiterada de este Centro Directivo que la existencia de un procedimiento judicial pendiente de cuyo resultado dependa la legitimación del instante produce la suspensión del nombramiento de auditor hasta que se acredite ante el Registrador Mercantil la resolución judicial firme que haya recaído. Ahora bien, no lo es menos, que esta circunstancia debe ser acreditada, sin que sea bastante para producir efectos suspensivos la mera advertencia en el escrito de recurso del futuro ejercicio de acciones antes el

órgano jurisdiccional oportuno, ni la mera existencia de un procedimiento cuando el mismo no afecte a la titularidad acreditada. En el presente caso, resulta acreditada la existencia de un procedimiento criminal pero del contenido de la querrela no resulta que su ejercicio, ni la resolución judicial que le ponga fin, haya de tener relevancia alguna en la legitimación del ahora solicitante. En definitiva la sociedad no ha acreditado que la existencia de un procedimiento pendiente tenga por objeto directo o indirecto, resolver sobre la titularidad de las participaciones que han servido para fundamentar la legitimación del solicitante, por lo que no se justifica la pretendida prejudicialidad, ya sea civil o penal. 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.

2. Igual destino le corresponde al motivo por el que se afirma la falta de identificación de la causa de la solicitud. 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 inexpressión de la causa de la petición o su expresión inadecuada es intrascendente en este procedimiento de nombramiento registral de auditor a instancia de los socios minoritarios de entidades mercantiles (en este sentido pueden verse las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 12 y 23 de julio, 7 de octubre de 2010 y 11 y 31 de marzo, 4 y 11 de junio, 24 y 30 de julio y 4 y 5 de agosto de 2014 entre otras muchas).

3. Sorprende igualmente que la sociedad insista en el carácter extemporáneo de la solicitud por el hecho de que la registradora mercantil diera traslado a la sociedad, a efectos de plantear en su caso oposición, el día 2 de abril de 2015 (*vide* art. 354 del Reglamento del Registro Mercantil). Como resulta indiscutiblemente del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital el ejercicio del derecho del socio minoritario debe ser reconocido «siempre que no hubieran transcurrido tres meses a contar desde la fecha de cierre de dicho ejercicio». Siendo la fecha de cierre del ejercicio de la sociedad la del día 31 de diciembre de cada año, resulta evidente que la solicitud, presentada en el Registro Mercantil de Barcelona el día 30 de marzo de 2015, lo ha sido en tiempo hábil por lo que no procede sino la desestimación del motivo.

4. La articulación del último motivo de recurso se basa en dos afirmaciones, ninguna de las cuales puede recibir el amparo de esta Dirección General.

Por la primera se dice que ya existe un informe de auditoría como resulta de la documentación aportada junto al escrito inicial de oposición. El documento a que se refiere el escrito de recurso, que consta en el expediente, se titula «Dictamen pericial económico», es de fecha 30 de octubre de 2014 y ha sido elaborado por la firma «Acaudit Auditores, S.L.», con el objeto de presentarlo, como resulta de su inciso final, en el procedimiento de diligencias previas 5881/2013 a que se ha hecho anterior referencia. Del propio documento resulta: 1.º Que el encargo ha sido realizado a requerimiento de Jorge Barrigón Lafita en base a los datos expuestos en el anterior procedimiento penal. 2.º Que el encargo recibido se refiere a la certificación de distintos aspectos mercantiles de la sociedad «Cat Helicopters, S.L.», al análisis económico de distintas operaciones a que se refiere la querrela criminal, a la revisión de la operación económica relativa a determinadas indemnizaciones y a la lectura y análisis de un denominado informe contable «Heliand, S.A.». 3.º Que el alcance del trabajo se limita a la revisión de determinada documentación, que se especifica, entre la que no se encuentra la que comprende las cuentas anuales.

Es evidente que no se puede aceptar el motivo de recurso. Con independencia de la valoración que en el ámbito judicial merezca tal documento resulta de su propio contenido que no se trata de un informe de auditoría en los términos en que lo conceptúa el artículo 1 del Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas en relación con el artículo 254.1 de la Ley de Sociedades de Capital que dice así: «1. Las cuentas anuales 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». La propia fecha del dictamen pericial impide que pueda tener por objeto la verificación de unas cuentas anuales que al tiempo no podían existir.

La segunda afirmación del escrito hace referencia a que existe designado auditor por lo que carece de sentido la designación de uno distinto para la verificación de las cuentas anuales. A pesar de que la registradora mercantil de Barcelona requirió hasta en tres ocasiones a la sociedad para que justificara este extremo, lo cierto es que la sociedad no lo ha hecho limitándose a afirmar que se ha llevado a cabo la designación de un auditor cuyo informe se ha aportado al expediente; dictamen que como resulta del párrafo anterior no puede sustituir a un informe de auditoría en los términos establecidos en la legislación vigente ni por su fecha ni por su contenido ni por su ámbito.

Es cierto, como afirma el escrito de recurso, que esta Dirección tiene una dilatadísima doctrina en relación a la innecesariedad de designación de auditor cuando se justifica debidamente el previo nombramiento de otro por parte de la sociedad para la verificación de las cuentas del mismo ejercicio (Resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012 y 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013, 13 de mayo y 17 de junio de 2014 entre otras muchas). Es cierto igualmente que

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.

Como dice la registradora en su motivada resolución la sociedad no ha justificado ninguno de dichos requisitos por cuanto ni ha justificado la designación de auditor para la verificación de las cuentas anuales (establecido que la designación de auditor con otra finalidad como ha sido la de emisión de un dictamen limitado a las cuestiones señaladas más arriba no sufre el nombramiento para la verificación de las cuentas anuales), ni tampoco ha justificado en modo alguno que el interés protegible del socio instante haya quedado debidamente salvaguardado pues ni consta en el folio de la sociedad inscrito el nombramiento de auditor para la verificación de cuentas ni consta en el expediente que se haya entregado al socio solicitante el informe de verificación de las cuentas correspondientes al ejercicio 2014 ni consta que se haya entregado al registrador mercantil para su incorporación.

5. Finalmente procede igualmente confirmar la resolución en cuanto afirma que los gastos derivados de la auditoría corren por cuenta de la sociedad. Los costes de la verificación contable, de acuerdo con el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital, integrados esencialmente por el importe de los honorarios profesionales (art. 267 del mismo texto legal), corren a cargo de la sociedad. Como ha reiterado este Centro (Resolución de 27 de febrero de 2013 y 31 de enero, 30 de julio, 4 y 5 de agosto de 2014 entre las más recientes), el artículo 265 de la Ley de Sociedades de Capital no deja margen a la interpretación por lo que con independencia de cuales sean las condiciones económicas de la sociedad y el perjuicio económico alegado, se impone el derecho individual del socio a conocer el estado contable de la sociedad y a su verificación por auditor nombrado por el Registro Mercantil.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución de la registradora mercantil de Barcelona núm. X, doña Azucena Bullón Manzano de fecha 3 de julio de 2015.

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

Madrid, 28 de octubre de 2015.—Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.—Sra. Registradora Mercantil núm. X de Barcelona.

Resolución de 4 de noviembre de 2015

En el expediente 149/2015 sobre solicitud de recusación de auditor a instancia de la sociedad «Noroeste de Valor Asociados, S.L.».

HECHOS

I

Don, en representación como administrador único de la sociedad «Noroeste de Valor Asociados, S.L.», presentó un escrito de fecha 24 de julio de 2015, dirigido al Registro Mercantil de A Coruña, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 342 del Reglamento del Registro mercantil, la recusación del auditor de cuentas nombrado por el citado Registro en su resolución de 27 de abril de 2015 como

consecuencia del ejercicio por un socio minoritario del derecho reconocido en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

El instante basa su solicitud en, resumidamente, las siguientes afirmaciones: 1.º Propuesta económica verbal del auditor designado desorbitada en su cuantía, no ajustada a la facturación media del sector según la información publicada por el Instituto de Contabilidad y de Auditoría de Cuentas. 2.º Falta de constancia documental por la que se pueda determinar el importe que deba aplicar la sociedad designada, que no la ha comunicado en forma, lo que implica una falta de garantías para la misma y un incumplimiento de lo establecido en el artículo 8 del reglamento de auditoría que a su vez conlleva una indeterminación en las obligaciones y derechos resultantes para la sociedad. 3.º Indefensión en el cumplimiento de obligaciones derivadas de la legislación sobre protección de datos al no poder garantizar el buen uso de los mismos, habiéndose reclamado por el auditor designado información referida a otros ámbitos distintos de los relativos a las cuentas del ejercicio 2014.

II

El registrador mercantil de A Coruña, don Juan Carlos González Nieto dictó Resolución en fecha 29 de julio de 2015 por la que acordó inadmitir la petición rechazando las pretensiones del solicitante.

III

Don, por escrito de fecha 7 de agosto de 2015, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de solicitud que se dan por reproducidos y que se refieren al incumplimiento por parte del auditor designado de los deberes y obligaciones que como tal le corresponden de conformidad con las previsiones del artículo 21 de la Ley de Auditoría, y artículos 7, 8 19, 20 y 59 de su reglamento, por lo que termina solicitando: el nombramiento por parte del registrador mercantil de un nuevo auditor, en caso contrario, la fijación de la retribución a percibir por el auditor designado o que se le requiera para que lo haga la sociedad auditora de forma correcta y la conminación a la sociedad auditora para que ajuste su servicio a los preceptos legales indicados.

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 y 266 de la Ley de Sociedades Capital, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y artículos 11 a 18 y 30 del Real Decreto Ley 1/2011 de 1 de julio por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Auditorías de Cuentas, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. Esta Dirección General ha venido afirmando que la recusación del auditor de cuentas es una cuestión cuyo conocimiento no corresponde a la

Dirección General de los Registros y del Notariado. Ha constituido doctrina reiterada de este Centro Directivo (*vide* resoluciones de 11 de marzo y 24 de junio de 2014 y 13 de febrero de 2015), que no procede la aplicación al procedimiento de nombramiento de auditor, del artículo 342 del Reglamento del Registro Mercantil relativo a la recusación de experto independiente por aplicación de la remisión genérica que lleva a cabo el artículo 364 del Reglamento del Registro Mercantil. Dicho criterio se ha fundamentado en las siguientes consideraciones: 1.ª La elaboración del informe de auditoría constituye una obligación de los auditores de la que solamente pueden eximirse, so pena de incurrir en responsabilidad, en caso de justa causa o en los demás supuestos contemplados en el artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas (*vide* igualmente art. 34 a). 2.º La legislación de auditoría establece que los auditores, en el ejercicio de su función, están sujetos al sistema de supervisión pública y control de su actividad, labor que la propia Ley encomienda al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (arts. 27 y 28). Entre sus competencias se encuentra no solo el control de calidad de las actividades ejercidas por los auditores sino también las de control de la actividad de auditoría de cuentas y el ejercicio de la potestad disciplinaria. A tal efecto los auditores están sujetos a un régimen severo de incompatibilidades (arts. 13 y siguientes de su Ley reguladora), cuyo incumplimiento está tipificado como falta administrativa muy grave o grave (arts. 33 y 34 de la Ley), así como al cumplimiento de estrictos deberes de confidencialidad, secreto y comportamiento ético igualmente sujetos a responsabilidad. 3.º La responsabilidad civil o penal de los auditores designados debe exigirse, en su caso, por la vía procedimental correspondiente (art. 22 de la Ley). 4.º La objetividad, imparcialidad e independencia del auditor de cuentas son principios vertebradores de la actividad auditora y quedan salvaguardados por la Ley de Auditoría de Cuentas así como por su Reglamento de Ejecución y las Normas Técnicas de Auditoría. El artículo 11 de la Ley de Auditoría encomienda a los propios auditores el deber de abstenerse en los supuestos en que puedan incurrir en causa de incompatibilidad atribuyendo al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas la competencia de velar por el adecuado cumplimiento del deber de independencia, así como de valorar en cada trabajo concreto la posible falta de independencia de un auditor de cuentas o sociedad de auditoría.

Si los interesados creen vulnerados dichos principios siempre podrán ejercitar las acciones administrativas de responsabilidad disciplinaria ante el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas o bien las acciones civiles o, incluso, penales pertinentes ante la jurisdicción competente.

Consecuentemente se ha afirmado la improcedencia de que esta Dirección se pronuncie sobre una cuestión para la que carece de competencia como resulta de las consideraciones anteriores. Así resulta igualmente de la regulación del Reglamento del Registro Mercantil que en materia de incompatibilidades se remite a lo establecido en la Legislación sobre Auditoría de Cuentas

(art. 357 del Reglamento del Registro Mercantil), dejando dicha cuestión fuera del sistema de nombramiento por el registrador mercantil (art. 359 *in fine*).

La remisión genérica que lleva a cabo el artículo 364 del Reglamento del Registro Mercantil no comprende, en consecuencia, lo relativo a la recusación de experto independiente. Téngase en cuenta que el género «expertos» puede incluir un gran número de especies distintas sujetas a diversas regulaciones y disciplinas (*vide* art. 340 del Reglamento del Registro Mercantil), por lo que no es extraño que el propio reglamento regule un régimen de recusación en base al sistema de incompatibilidades que para los peritos en general prevé la Ley de Enjuiciamiento Civil. Dicha situación no es comparable, como queda acreditado, con la predicable de los auditores, profesión específica sujeta a un régimen legal propio, sujeta a un régimen de incompatibilidades igualmente específico y a un régimen de disciplina cuyo ejercicio está atribuido por Ley a un órgano también específico como es el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.

En definitiva si el interesado considera que el auditor designado por el registrador mercantil incurre en incumplimiento de las obligaciones que le incumben y que prevé la regulación expresamente aplicable, debe dirigirse al Órgano legalmente previsto para exigir el ejercicio de su competencia disciplinaria sin perjuicio del ejercicio de las acciones civiles que pudieran corresponder.

2. Tras la entrada en vigor el día 24 de julio de 2015 (día que coincide con la presentación de la solicitud en el Registro Mercantil de A Coruña), de las modificaciones introducidas por la disposición final decimocuarta de la Ley núm. 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, en el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Sociedades de Capital, a las anteriores posibilidades se añade la prevista en su artículo 266.

Conforme a la dicción de dicho precepto, en la redacción dada por la reforma: « 1. Cuando concurra justa causa, los administradores de la sociedad y las personas legitimadas para solicitar el nombramiento de auditor podrán pedir al Secretario judicial o Registrador mercantil la revocación del que hubieran nombrado ellos o del designado por la junta general y el nombramiento de otro. 2. La solicitud dirigida al Registrador mercantil se tramitará de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento del Registro Mercantil. Si la revocación se instará ante el Secretario judicial, se seguirán los trámites establecidos en la legislación de jurisdicción voluntaria. 3. La resolución que se dicte sobre la revocación del auditor será recurrible ante el Juez de lo Mercantil».

No corresponde en definitiva a esta Dirección General, como resulta del precepto transcrito, la revisión de la decisión del registrador mercantil por cuanto viene atribuida legalmente al juez de lo mercantil a quien corresponde su conocimiento.

Sin perjuicio de lo anterior esta Dirección General, en cuanto superior jerárquico de la autoridad que ha dictado la resolución impugnada si que tiene competencia para poner de manifiesto, incluso de oficio, el hecho de que la

resolución dictada lo ha sido inaudita parte por cuanto no resulta del expediente que se haya puesto en conocimiento del auditor designado en su día el hecho de la solicitud de revocación a fin de poder ejercitar oportunamente, y en su caso, el derecho a realizar las alegaciones que hubiese considerado oportunas (*vide* arts. 35, 62, 79 y 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre).

Así lo reconoce la actual dicción del artículo 266 de la Ley de Sociedades de Capital que al remitirse al procedimiento para la designación de auditores que, a falta de una futura reforma es el contemplado en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, impone la aplicación de la regla de audiencia (*vide* art. 354), por aplicación de las normas generales en materia de procedimiento. De otro modo podría llegarse al inadmisibles resultado de revocar la designación previa de un nombramiento de auditor sin que el mismo, en cuanto persona directamente afectada, hubiere tenido la oportunidad de alegar lo que en derecho le conviniera.

De acuerdo a las consideraciones anteriores esta Dirección General resuelve:

1.º Se deja sin efecto la resolución del registrador mercantil de A Coruña, don Juan Carlos González Nieto de fecha 29 de julio de 2015.

2.º Se retrotrae el expediente a la fase de instrucción, en concreto al momento anterior a la resolución que se deja sin efecto, con el fin de que el registrador mercantil, proceda a notificar la solicitud de revocación que ha llevado a cabo la sociedad, al auditor designado en los términos previstos en el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil.

3.º Devolver el expediente al registrador mercantil a fin de que se lleven a cabo las anteriores diligencias poniendo de manifiesto que una vez llevadas a cabo procederá que el registrador mercantil se pronuncie mediante resolución a cuyo pie deberá hacer constar la previsión de recurso establecida en el artículo 266 de la Ley de Sociedades de Capital (y no en los términos que constan en la resolución que ahora se deja sin efecto).

En su virtud, esta Dirección General ha acordado suspender el procedimiento en los términos que resultan de las consideraciones anteriores.

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

Madrid, 4 de noviembre de 2015.—Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.—Sr. Registrador Mercantil de A Coruña.

Resolución de 11 de noviembre de 2015

En el expediente 147/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de una socia de «Hiche, S.L.».

HECHOS

I

Doña, presentó un escrito de fecha 25 de marzo de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Hiche, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

En dicho escrito, la solicitante afirma que solicitó nombramiento de auditor para los ejercicios 2012 y 2013 resultando negativo el informe de los auditores designados. Que la junta general de socios celebrada el día 29 de diciembre de 2014 acordó, con su voto en contra, la designación de auditor voluntario con el objeto de enervar su derecho lo que constituye un fraude de Ley y un abuso de derecho.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la sociedad «Hiche S.L.», es una sociedad familiar dedicada a la gestión del patrimonial de la familia de la que forman parte cinco hermanos. 2.º Que en fecha 29 de diciembre de 2014 se acordó por mayoría del 81,86% de capital designar auditor voluntario para los ejercicios 2014 a 2016 de conformidad con la propuesta aceptada de servicios profesionales tal y como resulta del acta notarial de junta. El auditor aceptó el encargo y fue presentado a inscripción en el Registro Mercantil de Madrid. 3.º Que la auditoría voluntaria encargada enerva el derecho de la solicitante de conformidad con la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. 4.º Que el plazo de nombramiento de conformidad con dicha doctrina no está sujeto a límite legal alguno al ser de naturaleza voluntario. 5.º Que no procede el nombramiento a instancia de socio minoritario por aplicación de la doctrina de la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 22 de octubre de 1998 que reconoce que nombrado un auditor por la sociedad no cabe otro nombramiento. Que el auditor designado ha comenzado sus trabajos por lo que se han devengado gastos que otro nombramiento no haría sino duplicar.

III

El registrador mercantil de Madrid núm. 12, don Adolfo García Ferreiro dictó Resolución en fecha 20 de abril de 2015 por la que acordó suspender el procedimiento de designación de auditor a instancia de la minoría por constar presentada en fecha 2 de febrero de 2015 la documentación relativa al nombramiento del auditor designado por la sociedad.

En fecha 10 de julio de 2015, el mismo registrador mercantil de Madrid acordó, al haber transcurrido el plazo que se señalaba en el acuerdo anterior sin que se hubiese producido la inscripción del nombramiento de auditor, por caducidad del asiento de presentación, inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don, como administrador de la sociedad, por escrito de fecha 6 de agosto de 2015, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: 1.º Que la hoja de la sociedad estuvo cerrada hasta su apertura con el depósito de las cuentas de 2012 lo que se produjo el día 15 de julio de 2015. 2.º Que la resolución impugnada causa un perjuicio innecesario a la sociedad que verá perdido el trabajo realizado hasta ahora. 3.º Que es un contrasentido que se deniegue la inscripción por estar cerrada la hoja registral y que una vez abierta no pueda llevarse a cabo la inscripción por falta de vigencia del asiento de presentación pues mientras que la suspensión del acuerdo para designar auditor a instancia de la minoritaria no está sujeto a plazo en cambio la inscripción solicitada por la sociedad si que está sujeta al plazo de vigencia del asiento de presentación sin que esta pueda hacer nada para evitar la caducidad. 4.º Que de otro modo se produce un fraude de Ley imponiendo la minoría su decisión a la mayoría rompiendo además el principio registral de *prior in tempore potior in iure* y sin beneficiar a nadir pues el nombramiento de auditor por la sociedad beneficia de igual modo a la solicitante y a su derecho a que las cuentas se verifiquen.

V

El registrador mercantil de Madrid informa que el nombramiento de auditor de cuentas designado voluntariamente por la sociedad en su junta de fecha 29 de diciembre de 2014 fue inscrito en la hoja de la sociedad el día 6 de agosto de 2015.

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. Procede la estimación del recurso porque practicada la inscripción del nombramiento voluntario en el Registro Mercantil no procede el nombramiento de otro auditor para realizar la auditoría solicitada. Este es el criterio 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 (Resoluciones de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011, 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012 y 4 y 25 de julio y 29 de octubre

de 2013, 13 de mayo, 17 de junio de 2014 y 14 de mayo y 27 de julio de 2015 entre otras muchas), 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».

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

Inscrito el nombramiento de auditor voluntario el depósito de las cuentas solo puede llevarse a cabo si vienen acompañadas del oportuno informe de verificación. Así lo ha sancionado expresamente la modificación del artículo 270 de la Ley de Sociedades de Capital (que entrará en vigor el próximo 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».

3. En el expediente que da lugar a la presente concurren ambas circunstancias. Como reconoce la propia solicitante en su instancia, el nombramiento de auditor voluntario se llevó cabo por la sociedad con anterioridad a su solicitud. A lo anterior se une el hecho de que el nombramiento llevado a cabo por la sociedad ha accedido a los libros del Registro. Producida la inscripción se presume que su contenido es exacto y válido, produciendo desde ese momento los efectos previstos en el ordenamiento (art. 20 del Código de Comercio), particularmente los previstos en el artículo 270 de la Ley de Sociedades de Capital a que se ha hecho referencia.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la resolución del registrador mercantil de Madrid núm. XII, don Adolfo García Ferreiro de fecha 10 de julio de 2015.

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

Madrid, 11 de noviembre de 2015.—Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.—Sr. Registrador Mercantil núm. XII de Madrid.

Resolución de 16 de noviembre de 2015

En el expediente 148/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Novel-Olimpia, S.L.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito de fecha 15 de julio de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Alicante, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Novel-Olimpia, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando que la solicitud es extemporánea al haberse realizado una vez transcurrido el plazo establecido en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

III

El registrador mercantil de Alicante núm. II, don Antonio Arias Fuentes, actuando en sustitución del registrador mercantil de Alicante núm. III, don Francisco Salvador Campdera, dictó Resolución en fecha 4 de agosto de 2015 por la que acordó admitir la oposición y desestimar el nombramiento del auditor solicitado.

IV

Don, por escrito que tuvo entrada el 4 de septiembre de 2015 en el Registro Mercantil de Alicante interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, afirmando: Que fue notificado el día 24 de agosto de 2015 de la resolución desestimatoria. Que el motivo de su petición de auditoría es porque desde el año 2009 la sociedad se viene negando sistemáticamente a llevar a cabo una auditoría y si bien es cierto que su solicitud es extemporánea no lo es menos que viene motivada por la situación descrita. 2.º Que en el año 2012 ya solicitó nombramiento de auditor respecto del ejercicio 2011 y fue designado auditor a quien la sociedad denegó la entrega del material necesario por lo que no se realizó la auditoría. Que tampoco se auditaron las cuentas del ejercicio 2013 pese a haberse aprobado en junta general y lo mismo ocurrió en el ejercicio 2014 habiéndose solicitado ante el juez de lo mercantil de Alicante. Que este ejercicio 2014 vuelve a ocurrir igual al no contestar la administración a la solicitud de los socios minoritarios. Que existen diversas causas penales en marcha. 3.º Que a pesar de las pérdidas declaradas por la sociedad los administradores han hecho determinadas donaciones a sus hijos circunstancias que se han puesto en conocimiento de las autoridades competentes.

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. Resulta patente que el recurso no puede prosperar. Como pone de relieve el propio recurrente, su escrito de solicitud de designación de auditor ha sido presentado en el Registro Mercantil con posterioridad a la fecha en que puede presentarse la solicitud válidamente. El artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital exige dos requisitos para que pueda prosperar, como regla general la petición, esto es, que el peticionario sea titular de al menos el

cinco por ciento de las participaciones o acciones en que se divide el capital y que la instancia requiriendo la designación de auditor para la verificación contable del ejercicio anterior se presente antes de que transcurran tres meses contados desde el cierre del ejercicio social. Resulta que el mencionado precepto establece taxativamente dos condiciones concurrentes para que sea estimada la solicitud, de modo que de no reunir la instancia alguno de los dos requisitos lo procedente es desestimar la petición.

En el presente expediente la presentación de la instancia firmada por el socio se lleva a cabo transcurridos los tres meses siguientes al cierre del ejercicio social. Puesto que no existe previsión que permita interpretar excepción alguna a esta regla, no procede sino la estimación del recurso por extemporaneidad de la solicitud.

2. Las circunstancias que vienen descritas en el escrito de interposición de recurso no pueden variar la conclusión anterior. El objeto de este expediente se limita a determinar si concurren los requisitos que el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital prevé para que se acuerde la pertinencia de nombramiento de auditor a instancia de la minoría. La competencia de esta Administración viene limitada por tal objetivo sin que pueda resolver cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los Tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas (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).

Así ocurre en el supuesto pues, como narra el propio recurrente, existen planteadas determinadas iniciativas en el ámbito judicial que es donde procede que se ventilen las cuestiones que resultan del escrito de recurso. 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 ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Alicante núm. II, don Antonio Arias Fuentes, actuando en sustitución del registrador mercantil de Alicante núm. III, don Francisco Salvador Campdera, de fecha 4 de agosto de 2015.

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

Madrid, 16 de noviembre de 2015.—Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállico.—Sr. Registrador Mercantil núm. III de Alicante.

Resolución de 17 de noviembre de 2015

En el expediente 150/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de la sociedad «Instalaciones y Mantenimiento EMG Sevilla, S.L.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito de fecha 23 de febrero de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Sevilla, en el que tuvo su entrada el día 23 inmediato posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Instalaciones y Mantenimiento EMG Sevilla, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

Resulta del expediente que el registrador mercantil de Sevilla notificó a la sociedad a los efectos de que, si lo estimaba oportuno, formulase oposición en los términos del artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil. En concreto, resulta lo siguiente:

1. Certificado de la Oficina de Correos del que resulta que el Registro Mercantil de Sevilla remite carta certificada a la sociedad «Instalaciones y Mantenimientos EMG Sevilla, S.L.», en fecha 6 de abril de 2015 dirigido al domicilio situado en la calle Atahualpa núm. 10, 41500, de Alcalá de Guadaíra. Del certificado expedido por la oficina de correos resulta que intentada la entrega domiciliaria el día 10 de abril de 2015 resultó «3. Ausente reparto. Se dejó aviso llegada en buzón».

2. Certificado de la Oficina de Correos del que resulta que el Registro Mercantil de Sevilla remite carta certificada a don en fecha 30 de abril de 2015 dirigido al domicilio situado en la calle Atahualpa núm. 10, 41500, de Alcalá de Guadaíra. Del certificado expe-

dido por la oficina de correos resulta que intentada la entrega domiciliaria el día 6 de mayo de 2015 resultó «3. Ausente reparto».

3. Que el registrador mercantil de Sevilla núm. III, don Juan Ignacio Madrid Alonso remitió el día 11 de junio de 2015, oficio dirigido al Excmo. Alcalde de Alcalá de Guadaíra para su publicación en el tablón de anuncios del Ayuntamiento haciendo constar la solicitud de nombramiento de auditor. Consta contestación del secretario de la corporación don de la que resulta certificación acreditativa de publicación en el tablón de anuncios del Ayuntamiento y sede electrónica durante 17 días.

4. Que el registrador mercantil de Sevilla núm. III, don Juan Ignacio Madrid Alonso remitió el día 11 de junio de 2015, oficio dirigido al Excmo. sr. Presidente de la Diputación Provincial de Sevilla para su publicación en el Boletín Oficial de la Provincia haciendo constar la solicitud de nombramiento de auditor. Consta en el expediente copia del ejemplar del Boletín Oficial de la Provincia de Sevilla de fecha 3 de julio de 2015 del que resulta la notificación a la sociedad.

III

El registrador mercantil de Sevilla núm. I de Sevilla, don Juan José Jurado Jurado dictó Resolución en fecha 22 de julio de 2015 por la que acordó admitir la solicitud y proceder al nombramiento del auditor solicitado. La inscripción correspondiente se llevó a cabo en el folio de la sociedad el día 31 de julio de 2015.

IV

Don, por escrito de fecha 7 de septiembre de 2015, presentado en el Ayuntamiento de Sevilla el día siguiente y con entrada en este Centro el día 24 de septiembre siguiente, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General llevando a cabo las siguientes alegaciones: 1.º Que es administrador único de la sociedad y por tal motivo convocó Junta General el día 15 de junio a celebrar el día 30 de junio de 2015. Que a dicha Junta acudió el 66,66% del capital social que aprobó por unanimidad las cuentas sociales. Con fecha 13 de julio solicitó el depósito de las cuentas en el Registro Mercantil. El señor José Manuel Ruiz Grijalvo, auditor de cuentas, le notificó el día 22 de julio de 2015 que había sido designado para llevar a cabo la auditoría de cuentas de la sociedad. Que es la primera noticia que tiene al respecto sin que se les haya dado traslado de la petición de nombramiento ni del nombramiento mismo por lo que se ha privado a la sociedad del derecho a llevar a cabo alegación, oposición o manifestación, solicitando la anulación del acuerdo de designación de auditor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 58, 59, 89, 107, 112 y 113 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 265.2 de la Ley de Sociedades Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil así como las resoluciones citadas en el texto.

1. La resolución del registrador mercantil de Sevilla núm. 1 de fecha 22 de julio de 2015 no consta que haya sido notificada a la sociedad a los efectos del artículo 354.3 del Reglamento del Registro Mercantil. De ahí que aunque el escrito de recurso haya sido presentado ante la Administración el día 8 de septiembre de 2015, no proceda su declaración de extemporaneidad, debiéndose entrar en el fondo del asunto.

2. El recurso no puede prosperar. Resulta del expediente con absoluta claridad que la solicitud de designación de auditor llevada a cabo por el socio minoritario ha sido trasladada a la sociedad y que esta ha tenido conocimiento de la misma.

Conforme al artículo 59 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común se ha llevado a cabo la práctica de dos notificaciones por correo certificado en el domicilio social, que coincide con el domicilio del administrador, resultando infructuosos ambos intentos. Posteriormente se ha procedido a la publicación de anuncios en el tablón de anuncios del Ayuntamiento donde se encuentra domiciliada la sociedad así como en el Boletín Oficial de la Provincia.

Es cierto que el artículo 59.5 de la Ley 30/1992 (en su redacción dada por la Ley 15/2014, de 16 de septiembre), ha modificado el régimen legal en los términos siguientes: «5. Cuando los interesados en un procedimiento sean desconocidos, se ignore el lugar de la notificación o el medio a que se refiere el punto 1 de este artículo, o bien intentada la notificación, no se hubiese podido practicar, la notificación se hará por medio de un anuncio publicado en el «Boletín Oficial del Estado». Asimismo, previamente y con carácter facultativo, las Administraciones podrán publicar un anuncio en el boletín oficial de la comunidad autónoma o de la provincia, en el tablón de edictos del Ayuntamiento del último domicilio del interesado o del consulado o sección consular de la Embajada correspondiente o en los tabloneros a los que se refiere el artículo 12 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos».

Dicho régimen era aplicable al expediente a que se refiere la presente por cuanto la disposición transitoria tercera de la propia Ley (en su redacción dada por la Ley 15/2014, de 16 de septiembre), establece lo siguiente: «Régimen transitorio de la notificación por medio de anuncios. Lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 59 y en la disposición adicional vigésima primera resultará de aplicación a partir del 1 de junio de 2015, tanto a los procedimientos que se inicien con posterioridad a esa fecha como a los ya iniciados».

Ahora bien lo relevante es que el destinatario de la notificación ha conocido el hecho de la designación de auditor y que esta circunstancia no le ha cerrado la posibilidad de ejercitar su derecho de recurso, como se ha hecho constar, constituyendo el objeto de la presente; no cabe consecuentemente ni apreciación de causa de nulidad ni de indefensión. La sociedad, aún con los defectos que se han producido en la tramitación del expediente, ha conocido la existencia de la solicitud y ha tenido ocasión de dirigirse a esta Dirección

General para alegar lo que ha tenido por conveniente a los efectos de señalar cuales son los motivos por los que a su juicio no procede la designación de auditor a instancia de la minoría. En definitiva, la defectuosa tramitación no ha llegado a crear indefensión en la sociedad, pues en esta instancia de alzada ante la Dirección General ha tenido oportunidad de alegar lo que ha estimado conveniente en defensa de su derecho, desvirtuando el principio de prueba en el que el solicitante fundó su legitimación (*vide* al respecto resoluciones de 25 de junio y 10 de octubre de 2010 y 24 de junio de 2014).

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

En el supuesto de hecho que ha dado lugar a la presente, la sociedad cuyas cuentas deben ser auditadas ha tenido conocimiento de la existencia del procedimiento de nombramiento de auditor y ha presentado escrito de recurso ante el Registro Mercantil de Sevilla y, si bien el escrito era intempestivo ha sido aceptado a trámite y objeto de esta resolución. La sociedad recurrente no puede pretender la declaración de nulidad de unas actuaciones de cuya existencia tuvo conocimiento y en las que ha tenido la oportunidad de llevar a cabo las alegaciones que ha estimado oportunas en defensa de su posición jurídica.

En definitiva y como ha reiterado el Tribunal Constitucional, el defecto de comunicación resulta constitucionalmente irrelevante sino impide la debida tutela del interesado al tener conocimiento extraprocesal del contenido de la comunicación y por tanto expedito el ejercicio de los derechos legalmente reconocidos (Sentencia de 13 de noviembre de 2000).

3. Es por el contrario relevante que el escrito de recurso no hace alegación alguna de oposición al nombramiento en los términos del artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil. Pudiendo hacer uso de su derecho a oponerse al nombramiento mediante la realización y justificación de las alegaciones que hubiese estimado oportunas, lo cierto es que la sociedad no lo ha

hecho por lo que resultando que el socio minoritario reúne los requisitos exigidos por el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital (lo que no contradice la sociedad), procede la confirmación de la resolución del registrador mercantil.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Sevilla núm. I, don Juan José Jurado Jurado, de fecha 22 de julio de 2015.

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

Madrid, 17 de noviembre de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.–Sr. Registrador Mercantil núm. I de Sevilla.

Resolución de 30 de noviembre de 2015

En el expediente 151/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Feralcar Siglo XXI, S.L.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito de fecha 5 de enero de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el mismo día, en el que solicitó, al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y como titular de más del 5% del capital social de «Feralcar Siglo XXI, S.L.», el nombramiento de un auditor que verificara las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014.

II

Por el Registro Mercantil de Madrid se procedió a notificar a la sociedad en dos ocasiones en su domicilio inscrito, sito en Madrid, calle Núñez de Balboa, 39, 1.º izquierda. En el expediente constan los oportunos certificados de correos de los que resulta que la notifica-

ción fue infructuosa en ambos casos, por resultar desconocido el destinatario, los días 9 de enero y 22 de febrero de 2015.

También resulta del expediente que el Registro Mercantil notificó en dos ocasiones en el domicilio sito en Madrid, calle Serrano núm. 82, con idéntico resultado, los días 16 y 22 de enero de 2015.

Consta finalmente que el Registro Mercantil de Madrid notificó mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial del Estado del día 1 de agosto de 2015, entre otras, a la sociedad objeto del presente expediente por haberse intentado por dos veces la notificación en el domicilio que figura inscrito en el Registro habiendo sido devuelta sin practicarla por el servicio de Correos.

III

No habiéndose producido oposición, el registrador mercantil de Madrid núm. XVI, don José María Rodríguez Berrocal dictó resolución en fecha 14 de octubre de 2015 por la que acordó proceder al nombramiento del auditor solicitado, lo que fue nuevamente notificado en el domicilio de la sociedad el día 15 de octubre del mismo año con idéntico resultado negativo, según resulta del certificado de correos que consta en el expediente.

IV

Don, como representante persona física de la sociedad «Cubero Capital, S.L.», domiciliada en Madrid calle Serrano 82, 2.º derecha, que es a su vez administradora única de la sociedad «Feralcar Siglo XXI, S.L.», por escrito de fecha 26 de octubre de 2015, que tuvo entrada el día 28 de octubre inmediato posterior en el Registro Mercantil de Madrid, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: 1.º Que su representada ha tenido conocimiento del expediente el día 14 de octubre de 2015 a través del auditor designado por el registrador mercantil. Que la sociedad no ha tenido conocimiento del nombramiento con anterioridad porque las notificaciones llevadas a cabo por el Registro Mercantil fueron realizadas a su antiguo domicilio. Que la sociedad ha modificado su domicilio por acuerdos adoptados en junta general celebrada ante notario el día 24 de diciembre de 2014 como resulta de la copia del acta que se acompaña autorizada por el notario de Madrid don Ignacio Ramos Covarrubias el mismo día si bien es cierto que no consta inscrita. 2.º Que atendido lo anterior, si bien es cierto que las notificaciones han sido realizadas de forma correcta por parte del Registro Mercantil de Madrid, lo cierto es que el solicitante carece de legitimación al no ser socio de la sociedad. La sociedad «Feralcar Siglo XXI, S.L.», ha devenido unipersonal como consecuencia del acuerdo adoptado en la junta general celebrada el día 24 de diciembre de 2014 por el que se redujo el capital a cero como consecuencia de pérdidas con simultánea ampliación de capital por compensación del crédito que frente a la sociedad ostentaba la sociedad «Cubero Capital, S.L.».

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 59, 89, 107 y 113 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 265.2

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

1. La resolución del registrador mercantil de Madrid de fecha 14 de octubre de 2015 por la que acordó proceder al nombramiento del auditor solicitado, no consta que haya sido notificada a la sociedad a los efectos del artículo 354.3 del Reglamento del Registro Mercantil en los términos previstos en el artículo 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre conforme a la redacción dada por la Ley 15/2014, de 16 de septiembre. De ahí que aunque el escrito de recurso haya sido presentado ante la Administración el día 28 de octubre de 2015, no proceda su declaración de extemporaneidad, debiéndose entrar en el fondo del asunto.

2. El escrito de recurso se fundamenta en dos motivos. En primer lugar porque la sociedad, que ha modificado su domicilio, ha sido notificada en un lugar distinto, concretamente en el que consta inscrito en el Registro Mercantil. En segundo lugar porque el solicitante carece de legitimación al haber sido privado de su condición de socio en virtud de la ejecución de una operación de reducción a cero de capital social y consecuente aumento sin que en el mismo haya adquirido participación alguna.

Ninguno de los dos motivos puede ser estimado.

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

Las sociedades de capital pueden establecer su domicilio donde tengan por conveniente con dos limitaciones: que sea en territorio español y que en él «... se halle el centro de su efectiva administración y dirección, o en el que radique su principal establecimiento o explotación» (art. 9 de la Ley de Sociedades de Capital). Si el domicilio señalado no coincide con el real dicha circunstancia no perjudica a terceros (art. 10 de la propia Ley de Sociedades de Capital en relación con el art. 20 del Código de Comercio). Que exista coincidencia es responsabilidad del órgano de administración a quien incumbe el deber de llevar la gestión de la sociedad con la diligencia debida (art. 225 de la Ley) y a quien incumbe la iniciativa para modificar, en su caso, el contenido de los estatutos (art. 286 de la Ley de Sociedades de Capital). En consecuencia es el propio órgano de administración el que debe de tomar las medidas precisas para que el domicilio real y el domicilio social fijado en estatutos y publicado coincidan, deber muy favorecido por el legislador que, salvo disposición contraria de los estatutos, autoriza a cumplir dentro del territorio nacional sin necesidad de acuerdo social de modificación de estatutos (art. 285.2 de la Ley de Sociedades de Capital en su redacción dada por la disposición final de la Ley 9/2015, de 25 de mayo).

No cabe en consecuencia apreciar indefensión alguna de la sociedad que pueda provocar la nulidad del expediente (art. 62 de la Ley 30/1992), pues ha sido la propia sociedad quien, con su inacción, ha provocado que un tercero (en este caso la Administración), haya realizado la notificación de la existencia de solicitud de verificación contable por socio minoritario, en el domicilio señalado por la propia sociedad en el Registro Mercantil. Además la inexistencia de indefensión material es patente en cuanto que la sociedad ha tenido ocasión de provocar este recurso y alegar lo que en defensa de sus intereses ha tenido por conveniente. No ha existido una situación definitiva en vía administrativa ante la que no haya podido reaccionar debidamente la sociedad (*vide* resoluciones de 22 de mayo de 2012, 20 de diciembre de 2013, 9 de enero de 2014 y 22 de mayo de 2015). En definitiva, y como reconoce el propio escrito de recurso, el Registro Mercantil ha llevado a cabo las notificaciones a las que está obligado legalmente de forma correcta.

4. Con respecto a la afirmación de que el solicitante carece de legitimación al haberse producido un acuerdo de reducción a cero del capital social con simultáneo aumento de cuya operación resulta su falta de condición de socio, procede igualmente su desestimación.

Sobre la cuestión de determinar si un acuerdo social no inscrito acordado con anterioridad a la solicitud del nombramiento de auditor que afecta a la composición del capital, puede ser tenido en cuenta a los efectos de su cómputo esta Dirección General ha sostenido de forma sostenida 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 285 de la Ley de Sociedades de Capital dispone que los acuerdos de modificación de capital habrán de acordarse con los requisitos especiales establecidos en los preceptos que le siguen. Se deriva del artículo 290 del mismo cuerpo legal, que dichos acuerdos se harán constar en escritura pública que se inscribirá en el Registro Mercantil. Resulta así que, siendo la inscripción precisa en los acuerdos de modificación de capital, y no habiéndose producido ésta, como es el caso, no cabe sino declarar que, para el Registro, el solicitante sigue siendo titular de más del 5% del capital social, y en consecuencia, procede el nombramiento de auditor solicitado. La circunstancia de haberse acordado una modificación de capital en Junta General no puede desvirtuar las afirmaciones posteriores ya que, para que surta efectos dicho acuerdo frente a terceros, es preciso elevarlo a escritura pública e inscribirlo en el Registro Mercantil (art. 21 del Código de Comercio). Sólo en este momento regirá la presunción legal de que el acuerdo es exacto y válido (art. 20 del Código de Comercio), quedando excluida la posibilidad de que se desplieguen los fuertes efectos derivados de la inscripción respecto de acuerdos que no han pasado el filtro de la calificación registral (art. 18 del Código de Comercio).

Cuestión distinta es si la inscripción tiene o no carácter constitutivo. Ciertamente y como pusiera de relieve la resolución de 4 de febrero de 2013, no

pueden confundirse los diferentes planos en los que actúa la eficacia del acuerdo no inscrito. De conformidad con lo establecido en el artículo 159 de la Ley de Sociedades de Capital el acuerdo social se produce por la concurrencia del régimen de votación previsto en la Ley, momento en el que: «2. Todos los socios, incluso los disidentes y los que no hayan participado en la reunión, quedan sometidos a los acuerdos de la junta general», añadiendo el artículo 202 que:« 3. Los acuerdos sociales podrán ejecutarse a partir de la fecha de la aprobación del acta en la que consten».

Desde ese momento el acuerdo social despliega efectos y los socios pueden actuar en consecuencia. Ahora bien, la conclusión anterior no puede confundirse con el carácter constitutivo de la inscripción (sobre lo que no procede un pronunciamiento expreso al ser irrelevante a los efectos de esta resolución), ni con la oponibilidad del acuerdo frente a terceros. Esta última circunstancia, que es la que propiamente constituye el objeto de la presente, está supeditada en nuestro ordenamiento a su debida publicación en los casos legalmente previstos (art. 21 del Código de Comercio). Lo que no puede pretender la sociedad recurrente es hacer valer frente a terceros un acuerdo social que permanece en la clandestinidad, máxime cuando el órgano de administración está obligado a presentarlo a inscripción en el plazo de un mes desde su adopción, a fin de que desenvuelva todos los efectos previstos en el ordenamiento y no solo los meramente internos (*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). Nada obsta el hecho de que el folio de la sociedad esté cerrado como consecuencia de la falta de depósito de cuentas de ejercicios anteriores pues es igualmente obligación del órgano a quien se encomienda la gestión de la sociedad cumplir con su obligación de depósito (art. 279 de la Ley de Sociedades de Capital).

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid núm. XVI, don José María Rodríguez Berrocal de fecha 14 de octubre de 2015.

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

Madrid, 30 de noviembre de 2015.—Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.—Sr. Registrador Mercantil núm. XVI de Madrid.

Resolución de 9 de diciembre de 2015

En el expediente 152/2015 sobre nombramiento de auditor a instancia de un socio de «Inmobiliaria Teruel Valencia, S.L.».

HECHOS

I

Don, presentó un escrito de fecha 10 de septiembre de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Valencia, en el que tuvo su entrada el 17 inmediato posterior, en el que solicitó, al amparo del artículo 363 del Reglamento del Registro Mercantil y como socio de la entidad «Inmobiliaria Teruel Valencia, S.A.», con un porcentaje del 12,5% del capital social, el nombramiento de un auditor que determine el valor real de las acciones de que es titular.

Basa su pretensión en el hecho de que la junta general de la sociedad reunida en segunda convocatoria el día 16 de diciembre de 2014 acordó, con su voto en contra, la transformación de la sociedad de anónima en limitada. Acompaña a su escrito de solicitud copia del acta notarial de junta autorizada por la notario de Valencia don Miguel García-Granero Márquez de la que resultan las anteriores circunstancias. También acompaña copia del acta de requerimiento y notificación autorizada por el notario de Valencia don Javier Máximo Juárez González en fecha 8 de enero de 2015, por la que don J.... notifica a la sociedad que ejercita su derecho de separación conforme al artículo 15 de la Ley 3/2009, de reformas estructurales de sociedades de capital solicitando que se le reintegre el importe razonable de sus participaciones sociales que según balance asciende a la cifra de seiscientos siete mil ciento sesenta y nueve euros. Consta diligencia de contestación de fecha 14 de enero de 2015 por la que la sociedad hace entrega al notario de un documento del que resulta que la sociedad se da por notificada de la elección del requirente de ejercer su derecho de separación si bien no puede darle efectos hasta que el acuerdo se inscriba en el Registro Mercantil; que no se le va a reconocer o entregar cuantía alguna hasta que el acuerdo sea eficaz; que para el momento en que sea eficaz la sociedad se opone a la cantidad solicitada por ser excesiva; que no se va a solicitar por el momento nombramiento de auditor por carecer de eficacia el acuerdo al estar pendiente de inscripción el Registro Mercantil.

II

La sociedad se opuso a la pretensión del socio alegando: 1.º Que la misma solicitud de nombramiento fue suspendida por el Registro Mercantil de Valencia hasta la inscripción de los acuerdos en el Registro Mercantil. 2.º Que la sociedad ha llevado a cabo las acciones necesarias para subsanar los defectos que impedían la inscripción. 3.º Que el derecho de separación depende la existencia de transformación y su falta de inscripción conlleva la ineficacia de ambas situaciones. 4.º Que al socio instante se le ha reconocido su derecho pero debe culminarse el procedimiento. 5.º Que el socio es conocer de todas las circunstancias anteriores por lo que su insistencia no es comprensible. 6.º Que para el caso de que así fuese se ha intentado un acuerdo con el socio pero no ha sido fructífero. 7.º Que la próxima junta general a celebrar por la sociedad debe resolver los problemas que han paralizado la transformación.

III

El registrador mercantil de Valencia núm. V, don José Luis Gómez Fabra Gómez dictó Resolución en fecha 7 de octubre de 2015 por la que acordó inadmitir la oposición y proceder al nombramiento del auditor solicitado. En la resolución el registrador mercantil aclara que hubo una solicitud previa del socio instante de la que desistió en agosto de 2015.

IV

Don como presidente del consejo de administración de la sociedad, por escrito de fecha 26 de octubre de 2015, que tuvo entrada el mismo día en el Registro Mercantil de Valencia, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, en base a los siguientes argumentos: 1.º Que la resolución olvida que para que el derecho de separación sea eficaz debe ser eficaz la transformación de la sociedad lo que no ocurre por no haberse alcanzado la inscripción de conformidad con el artículo 19 de la Ley 3/2009. 2.º Que el solicitante desistió de su antigua solicitud pero con anterioridad la misma fue suspendida por falta de previa inscripción lo que pone de manifiesto la incoherencia de la resolución ahora dictada, resultando que la misma solicitud ha recibido trato diferente según el registrador que la ha conocido. 3.º Que la sociedad ha reconocido el derecho del socio pero este quedaría en nada sino se logra la inscripción; que la sociedad no tiene inconveniente en el nombramiento solicitado si los honorarios del auditor los satisface el socio o incluso el registrador mercantil. 4.º Que la sociedad ya ha celebrado dos juntas generales para conseguir la inscripción restando solamente la publicación del último acuerdo y el otorgamiento de escritura pública.

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, 346.3, 348, 348 bis.2 y 353 de la Ley de Sociedades Capital, artículos 8, 15.1, 17, 18.3 y 19 de la Ley 3/2009, de 3 de abril de Reformas Estructurales de Sociedades de Capital y 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil así como las resoluciones citadas en el texto.

1. La única cuestión que se plantea en el presente expediente consiste en determinar si a los efectos de nombramiento de auditor instado a solicitud del socio que ejercita su derecho de separación, cuya procedencia no discute la sociedad, es preciso o no que el acuerdo de transformación conste inscrito en el Registro Mercantil.

2. Esta Dirección General ha señalado reiteradamente que la circunstancia de haberse acordado una modificación estatutaria, para que surta efectos frente a terceros, precisa la elevación a escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil (art. 21 en relación al 22.2 del Código de Comercio). Sólo en este momento regirá la presunción legal de que el acuerdo es exacto y válido (art. 20 del Código de Comercio), quedando excluida la posibilidad de

que se desplieguen los fuertes efectos derivados de la inscripción respecto de acuerdos que no han pasado el filtro de la calificación registral (art. 18 del Código de Comercio).

Cuestión distinta es si la inscripción tiene o no carácter constitutivo. Ciertamente y como pusiera de relieve la resolución de 4 de febrero de 2013, no pueden confundirse los diferentes planos en los que actúa la eficacia del acuerdo no inscrito. De conformidad con lo establecido en el artículo 159 de la Ley de Sociedades de Capital el acuerdo social se produce por la concurrencia del régimen de votación previsto en la Ley, momento en el que: «2. Todos los socios, incluso los disidentes y los que no hayan participado en la reunión, quedan sometidos a los acuerdos de la junta general», añadiendo el artículo 202 que: «3. Los acuerdos sociales podrán ejecutarse a partir de la fecha de la aprobación del acta en la que consten».

Desde ese momento el acuerdo social despliega efectos y los socios pueden actuar en consecuencia. Ahora bien, la conclusión anterior no puede confundirse con el carácter constitutivo de la inscripción ni con la oponibilidad del acuerdo frente a terceros. Esta última circunstancia está supeditada en nuestro ordenamiento a su debida publicación en los casos legalmente previstos (art. 21 del Código de Comercio).

3. Ciñéndonos al supuesto de transformación de sociedad, esta Dirección General tiene establecida doctrina que confirma el criterio anterior. Como puso de relieve la resolución de 16 de septiembre de 2009 en sede de recursos gubernativos, según determinada posición doctrinal, la práctica del asiento registral no es simplemente el trámite final del proceso de transformación, del que depende su eficacia, sino más rotundamente el hito al que se somete la existencia del proceso mismo, de suerte que, tanto en la esfera externa como en la interna, el acuerdo de transformación únicamente produce efectos cuando se logra su acceso tabular. Otros autores, sin embargo, adoptan una actitud más flexible, según la cual, sin negar el sometimiento de su plena eficacia a la inscripción, atribuyen a la decisión sobre el cambio de forma social una trascendencia limitada y selectiva, concretada únicamente en la esfera interna. De la primera postura se deriva que los acuerdos sociales subsiguientes al de transformación, pero anteriores a la inscripción, habrán de sujetarse a la disciplina correspondiente a la forma social de partida, mientras que, con arreglo a la segunda, esas decisiones se adoptarán conforme al régimen de la forma social de destino, aunque su plena eficacia quede condicionada a la culminación del proceso de alteración tipológica a través de la inscripción.

Los partidarios del criterio más riguroso consideran la inscripción constitutiva como elemento integrante del acto inscrito, sin el cual no es posible su existencia. En apoyo de la aplicación de esta tesis a la transformación societaria, se han alegado fundamentalmente razones de seguridad jurídica, referidas a la necesidad o conveniencia de fijar un régimen jurídico unitario hasta y a partir de un determinado momento. No obstante, entre los seguidores de estas tesis, se ha llegado a aceptar la anticipación del régimen societario de destino,

siempre que sus efectos se condicionaran a la inscripción. En el lado opuesto, quienes defienden planteamientos más flexibles, contemplan la inscripción como el trámite exclusivo y excluyente para obtener la oponibilidad frente a terceros del acto sujeto a ella, de manera que el conocimiento extraregistro del mismo no produce efecto alguno. En el caso de la transformación, esta segunda manera de entender el fenómeno comporta que, en la esfera interna, el cambio de forma social se produce con el acuerdo social correspondiente, en la medida en que los socios resultan afectados por él en su condición de partes y no de terceros, sin perjuicio de que su plena eficacia quede supeditada a la inscripción.

Es este último criterio el que debe prevalecer por ser el más consecuente con el régimen jurídico expuesto anteriormente sobre la eficacia de la inscripción en el Registro Mercantil.

Este es igualmente el criterio que resulta de la norma vigente: la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, sin perjuicio de incluir en su artículo 19 la declaración relativa a que «la eficacia de la transformación quedará supeditada a la inscripción de la escritura pública en el Registro Mercantil», puntualiza en el artículo 17.2 que «Cuando la transformación vaya acompañada de la modificación del objeto, el domicilio, el capital social u otros extremos de la escritura o de los estatutos, habrán de observarse los requisitos específicos de esas operaciones conforme a las disposiciones que rijan el nuevo tipo social». De aquí que quepa afirmar que la Ley 3/2009, confirma el criterio a que se ha hecho referencia; de este modo los efectos de la transformación se desenvuelven internamente desde que la sociedad así lo acuerda y desde ese momento los socios y la propia sociedad están vinculados por sus consecuencias. Así, el derecho individual de separación del socio que ha votado en contra de la transformación social surge en el momento en que la sociedad así lo acuerda (art. 15.1 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles).

Este es igualmente el criterio de nuestro Tribunal Supremo que en su sentencia de 15 de octubre de 2013 tiene declarado que en caso de transformación social el derecho de separación nace con el acuerdo adoptado por la sociedad y en el que el socio que lo ejercita ha votado en contra.

4. Así las cosas es evidente que el recurso debe ser desestimado sin que los argumentos de contrario puedan desvirtuar las conclusiones anteriormente expuestas.

En primer lugar porque como queda acreditado el socio que ha votado en contra de la transformación social puede ejercer su derecho de separación desde el momento en que la sociedad ha adoptado el acuerdo por lo que está plenamente legitimado para solicitar del registrador mercantil la designación del auditor (experto, a partir del 1 de enero de 2016 conforme a las disposiciones finales cuarta y decimocuarta de la Ley 22/2015, de 20 julio, de Auditoría que modifican el contenido del artículo 353 de la Ley de Sociedades de Capital).

En segundo lugar porque en nada empece lo anterior el hecho de que el socio hubiere iniciado un anterior expediente de solicitud de nombramiento de auditor para que se llevase a cabo la determinación del valor razonable de sus acciones habiendo terminado el expediente por desestimiento de quien lo inició (art. 87 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre). Si en este nuevo expediente el registrador mercantil encargado de la tramitación ha llegado a una conclusión distinta de aquella que alcanzó el anterior encargado, es cuestión que no constituye el objeto de la presente y que, en cualquier caso, no puede obviar la aplicación del principio de legalidad que debe presidir toda actuación administrativa.

En tercer lugar, es inadmisibles la afirmación de que los gastos del auditor designado sean de cuenta del socio que ejercita legítimamente su derecho o incluso del registrador mercantil que ejerce su competencia. El artículo 355.1 de la Ley de Sociedades de Capital no deja lugar a interpretación en contrario por lo que los honorarios del experto designado serán satisfechos por la sociedad.

Por último es irrelevante que la sociedad manifieste que está actuando diligentemente para la subsanación de los defectos que impiden la inscripción de la transformación. Lo cierto es que constituye una obligación del órgano de administración llevar a cabo las acciones necesarias para que así sea (*vide* art. 19. 2 del Código de Comercio), sin que de dichas acciones dependa el ejercicio del derecho de separación como ha quedado expuesto por extenso.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Valencia núm. V, don José Luis Gómez Fabra Gómez de fecha 7 de octubre de 2015.

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

Madrid, 9 de diciembre de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gállego.–Sr. Registrador Mercantil núm. V de Valencia.

Resolución de 15 de diciembre de 2015

En el expediente 154/2015 sobre solicitud de revocación de nombramiento de auditor a instancia de la sociedad «Tasaciones Appraise, S.A.».

HECHOS

I

Don, en representación de la sociedad «Tasaciones Appraise, S.A.», presentó un escrito de fecha 22 de septiembre de 2015, dirigido al Registro Mercantil de Madrid, en el que tuvo su entrada el día siguiente, en el que solicitó la revocación del nombramiento del auditor de cuentas para la verificación de cuentas del ejercicio 2012, nombrado por el citado Registro en su resolución de 16 de abril de 2013, como consecuencia del ejercicio por un socio minoritario del derecho reconocido en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

El instante basa su solicitud en, resumidamente, las siguientes afirmaciones: 1.º Que en el folio de la sociedad consta inscrito determinado auditor designado por el Registro Mercantil de Madrid a instancia de la socia doña..... cuyas acciones fueron amortizadas por acuerdo de la junta de 17 de febrero de 2014 constando inscrito el acuerdo de reducción de capital. 2.º Que de acuerdo con la doctrina de la Dirección General desaparecido el interés protegible ya sea por renuncia del interesado o por otra causa, decae el procedimiento. 3.º Que en cuanto a la renuncia la doctrina de la Dirección (con cita de resoluciones), ha admitido que la renuncia al procedimiento o al derecho reconocido pone fin al expediente. 4.º Por lo que se refiere a la pérdida de legitimación del solicitante, se admitió en su día que la pérdida voluntaria de legitimación conllevaba el fin del expediente siempre que el adquirente así lo manifestara y sin perjuicio de tercero. Mayores problemas han conllevado los supuestos de pérdida forzosa de legitimación como es el supuesto que da lugar al presente si bien la Dirección ha entendido que procede el fin del expediente cuando el socio ha dejado de serlo o cuando existe otro motivo digno de protección (con nueva cita de resoluciones). Aplicando la doctrina de la renuncia voluntaria hay que concluir que el decaimiento de la base legal del derecho del solicitante no puede perjudicar a terceros. Pero en el caso de la sociedad consta inscrito que las acciones de la socia instante que le legitimaron para solicitar el nombramiento de auditor fueron amortizadas perdiendo la condición de socio y la legitimación en base a la que se ha actuado. La amortización de acciones determina que no se haya producido sucesión en la titularidad y que no existan terceros salvo los derechos que pudiera devengar el auditor que son asumidos por la sociedad. Resultando acreditada la desaparición sobrevenida del interés protegido se solicita la revocación del nombramiento y la cancelación de su inscripción en el folio correspondiente.

II

El registrador mercantil de Madrid núm. IV, don Cecilio Camy Rodríguez dictó Resolución en fecha 30 de septiembre de 2015 por la que acordó inadmitir la petición rechazando las pretensiones del solicitante. El registrador señala que el auditor designado presentó escrito de fecha 14 de julio de 2014 en el que comunicó la imposibilidad de emitir el preceptivo informe de auditoría por la limitación absoluta en el alcance de sus trabajos por lo que el expediente fue cerrado de conformidad con la previsión del artículo 361 del Reglamento del Registro Mercantil.

III

Don, por escrito de fecha 4 de noviembre de 2015, que tuvo entrada el día 6 de noviembre siguiente en el Registro Mercantil de Madrid, interpuso recurso de alzada ante esta Dirección General contra dicha resolución, reiterando los argumentos de su escrito de solicitud 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 y 266 de la Ley de Sociedades Capital, 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y artículos 11 a 18 y 30 del Real Decreto Ley 1/2011 de 1 de julio por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Auditorías de Cuentas, así como las resoluciones citadas en el texto.

1. Son hechos relevantes a los efectos de este expediente los siguientes:

a) Solicitado en su día nombramiento de auditor a instancia de socia minoritaria se procedió a su tramitación que, tras diversas vicisitudes, culminó con la resolución de esta Dirección General de fecha 8 de noviembre de 2013 por la que se desestimó el recurso y se confirmó la resolución del registrador mercantil de Madrid estimatoria de la solicitud. Instado recurso de revisión por la sociedad fue inadmitido por resolución de esta Dirección de fecha 21 de marzo de 2014.

b) La sociedad, mediante escrito que tuvo entrada en el Registro Mercantil de Madrid el día 24 de junio de 2014, solicita al amparo del artículo 118.2 de la Ley 30/1992 la anulación del nombramiento de auditor en su día llevado a cabo al haber dejado de ser la solicitante socia de la sociedad, según la inscripción 25 del folio social a consecuencia del despacho de la escritura de 24 de marzo de 2014, autorizada por el notario de Madrid don Antonio Luis Reina Gutiérrez de reducción de capital por amortización de 500 acciones en situación de mora por falta de desembolso de dividendos pasivos.

c) El auditor en su día designado por el registrador mercantil presenta, aparte de otros previos de solicitud de prórroga, diversos escritos con entrada en el Registro Mercantil de Madrid los días 30 de junio, 3 de julio y 17 de julio de 2015 de los que resulta que el trabajo de auditoría no ha podido ser llevado a cabo porque no ha recibido de la sociedad las cuentas anuales del ejercicio 2012 para cuya auditoría fue designado.

d) La sociedad, mediante escrito que tiene entrada en el Registro Mercantil de Madrid el día 29 de julio de 2014, reitera su solicitud de que al amparo del artículo 118.2 de la Ley 30/1992 se anule el nombramiento de auditor y se abra el folio de la sociedad. Traslado el escrito a la solicitante en su día del nombramiento de auditor, se opone a la pretensión de la sociedad

afirmando que esta desconoce el procedimiento judicial existente entre las partes y el porcentaje de capital que le reconoció la Audiencia Provincial en la sentencia aportada en su día con la solicitud de nombramiento de auditor.

e) La sociedad presenta un nuevo escrito en fecha 23 de septiembre de 2015 en el que reiterando que la entonces solicitante ha perdido su condición de socio como consecuencia de la reducción de capital derivada de la subasta de 500 acciones en mora, solicita la revocación del nombramiento del auditor designado en su día y la cancelación de la inscripción de su nombramiento practicada en la hoja de la sociedad.

f) El registrador mercantil emite la resolución citada más arriba contra la que se dirige el escrito de recurso.

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

Al respecto cabe señalar que el artículo 354.3 del Reglamento del Registro Mercantil dispone taxativamente que la decisión del registrador Mercantil declarando la procedencia o improcedencia de la solicitud podrá recurrirse en alzada ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en el plazo de quince días, comenzando el cómputo de dicho plazo a partir del día siguiente a la notificación de la resolución. En el caso presente, consta en el expediente que la notificación de la resolución de 30 de septiembre de 2015 del registrador mercantil de Madrid, se recibió el día 19 de octubre inmediato posterior, mientras que el recurso de alzada que hoy se resuelve se presentó en el Registro Mercantil el día 6 de noviembre; es decir, una vez vencido el plazo de quince días para su interposición, vencimiento que tuvo lugar el día 5 de noviembre del mismo año.

Resultando que la resolución que se pretende impugnar alcanzó en dicha fecha el estado de firmeza (*vide* arts. 48 y 115.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común), no cabe sino inadmitir el presente recurso de alzada.

3. Sin perjuicio de lo anterior y ante la previsión de que la solicitud sea reiterada esta Dirección General desea poner de manifiesto que en la instrucción del expediente se ha observado la existencia de un defecto procedimental que podría derivar en su nulidad de ser reiterado. Tal defecto no es otro que la falta de traslado de la solicitud de la sociedad a la persona que instó en su día el nombramiento de auditor así como a este mismo a fin de que puedan llevar a cabo las alegaciones que tengan por conveniente en defensa de su situación jurídica (*vide* arts. 35, 38 y 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en relación al artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil). Es cierto que como resulta de los hechos, y ante una solicitud de revocación anterior, el registrador dio traslado a la instante quien llevó a cabo alegaciones; pero ni dichas alegaciones le privan ahora del derecho a ser notificada ante una nueva solicitud que afecta a su esfera jurídica ni pueden ser tenidas como realizadas

a los efectos de la presente, pues la valoración de si le conviene o no llevarlas a cabo le corresponde en cualquier caso a la interesada.

En su virtud, esta Dirección General ha acordado inadmitir el recurso y confirmar la resolución del registrador mercantil de Madrid núm. IV, don Cecilio Camy Rodríguez de fecha 30 de septiembre de 2015.

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

Madrid, 15 de diciembre de 2015.–Firmado: El Director general de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gálligo.–Sr. Registrador Mercantil núm. IV de Madrid.