

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**13367** *Resolución de 18 de noviembre de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora mercantil y de bienes muebles IV de Alicante, por la que se rechaza el depósito de cuentas de una sociedad correspondiente al ejercicio 2014.*

En el recurso interpuesto por don J. L. O. Z., en nombre y representación de la sociedad «Sucesores de Ortiz de Zárate, S.L.», contra la nota de calificación extendida por la registradora Mercantil y de Bienes Muebles IV de Alicante, doña María del Pilar Planas Roca, por la que se rechaza el depósito de cuentas de la sociedad correspondiente al ejercicio 2014.

#### Hechos

##### I

Se solicitó del Registro Mercantil de Alicante la práctica del depósito de las cuentas correspondientes al ejercicio 2014 con presentación de la documentación correspondiente.

##### II

La referida documentación fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Registro Mercantil de Alicante Notificación de calificación El registrador Mercantil que suscribe, previo el consiguiente examen y calificación, de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, ha resuelto no practicar el depósito solicitado conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: Hechos Diario/asiento: 27/17121 F. presentación: 27/07/2015 Entrada: 2/2015/517298,0 Sociedad: Sucesores de Ortiz de Zarate, S.L. Ejerc. Depósito: 2014. Hoja: a-38656 Fundamentos de Derecho (defectos). Falta informe de auditoría al estar la sociedad obligada a ello, al haber ejercido el socio minoritario el derecho que le concede el art. 265.2 de L.S.C., según consta del Registro en el expediente 3/2015 de nombramiento de Auditores. Resolución de la D.G.R.N de 1 de agosto de 2009, y 16 de septiembre de 2011. Art. 366.1.5. RRM. En relación con la presente calificación: (...) Alicante, a diecisiete de agosto de dos mil quince».

##### III

Contra la anterior nota de calificación, don J. L. O. Z. interpuso recurso en virtud de escrito de fecha 27 de agosto de 2015, en el que alega lo siguiente: Primero.—Respecto al expediente de designación de auditor a instancia de socio minoritario, la sociedad se opuso a su designación. Por resolución del Registro Mercantil, se estimó la oposición sin proceder al nombramiento solicitado; segundo.—La oposición se basó en la existencia previa de nombramiento de auditor voluntario que oportunamente se inscribió en el Registro Mercantil, y tercero.—El día 16 de marzo de 2015 se procedió por la compañía al cese de la sociedad de auditoría designada, lo que fue aceptada por ésta, inscribiéndose dicho cese en el Registro Mercantil.

## IV

La registradora Mercantil emitió informe el día 7 de septiembre de 2015, ratificándose en su calificación, y elevó el expediente a este Centro Directivo.

### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 18 del Código de Comercio; 264, 265, 266 y 279 de la Ley de Sociedades de Capital; 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil; la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2007, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de mayo de 2009 y 23 de febrero, 6 y 21 de noviembre y 3 de diciembre de 2013, así como las Resoluciones en materia de expertos y auditores citadas en el texto.

1. Los hechos a tener en cuenta son los siguientes: Un socio ejerce el derecho reconocido en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital para que por parte del registrador Mercantil se proceda a la designación de auditor que verifique las cuentas correspondientes al último ejercicio cerrado. La sociedad por su parte se opone a la solicitud, conforme al artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil, por tener ya designado e inscrito auditor para la verificación de sus cuentas. El registrador Mercantil acepta el motivo de oposición y desestima la solicitud del minoritario. Posteriormente la sociedad, por acuerdo unánime en junta universal, revoca el nombramiento de auditor, insta la cancelación de su inscripción en el Registro Mercantil y presenta las cuentas del ejercicio respecto del que se ejerció el derecho por el minoritario.

2. Esta Dirección General ha desarrollado una completa doctrina en relación al conflicto que se produce cuando a la solicitud del socio minoritario se opone la existencia de un nombramiento voluntario de auditor. Conforme a dicha doctrina (Resoluciones en materia de expertos y auditores de 3 de enero, 6 de junio y 22 de agosto de 2011; 17 de enero, 27 de marzo y 30 de agosto de 2012; 4 y 25 de julio y 29 de octubre de 2013; 13 de mayo y 17 de junio de 2014, y 14 de mayo y 27 de julio de 2015, entre otras muchas), 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. Consecuentemente, de existir designado un auditor por parte de la sociedad el interés protegible del socio está salvaguardado.

Este criterio ha sido sancionado por la doctrina del Tribunal Supremo que en su Sentencia de 9 de marzo de 2007, con cita de la doctrina de este Centro Directivo afirma: «La posibilidad de que, en las sociedades no sometidas a verificación obligatoria, la minoría acuda a la designación de un auditor por el Registro Mercantil trata de asegurar el control de las cuentas por un profesional independiente... pero no protege el hecho de que actúe un concreto y determinado profesional, creando una suerte de vinculación in tuitu 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 designación voluntaria de auditoría pueda enervar el derecho del socio minoritario a la verificación contable esta Dirección General afirma que 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, y b) Que se garantice el derecho del socio al informe de auditoría, lo que solo puede lograrse mediante la inscripción del nombramiento, mediante la entrega al socio del referido informe o bien mediante su incorporación al expediente.

Inscrito el nombramiento de auditor voluntario el depósito de las cuentas sólo puede llevarse a cabo si vienen acompañadas del oportuno informe de verificación. Así lo ha sancionado expresamente la modificación del artículo 270 de la Ley de Sociedades de Capital (que 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. Como resulta de los hechos, la sociedad enervó el derecho del socio minoritario al tener ya designado e inscrito en el Registro Mercantil auditor para la verificación de sus cuentas anuales. De conformidad con la doctrina expuesta, el registrador Mercantil rechazó la solicitud del socio minoritario de que se procediese al nombramiento de auditor por considerar que el interés protegible estaba debidamente salvaguardado.

La particularidad del supuesto que da lugar a la presente la constituye el hecho de que posteriormente la sociedad revoca el nombramiento de auditor voluntario y el registrador Mercantil cancela el asiento en el folio correspondiente. Ahora la registradora rechaza el depósito de cuentas por considerar que el interés del socio minoritario no está salvaguardado.

Cancelado el asiento de inscripción del auditor nombrado voluntariamente rige la presunción del artículo 20 del Código de Comercio sobre su validez y exactitud por lo que no procede que esta Dirección General lleve a cabo un pronunciamiento sobre el mismo. Cerrado en su día el expediente de designación de auditor a instancia de la minoría y desaparecido del folio el obstáculo registral que impedía el depósito de cuentas de la sociedad sin el oportuno informe de verificación contable, la calificación no puede mantenerse. El registrador no cuestionó la revocación del nombramiento de auditor ni planteó entonces si el interés protegible del socio minoritario quedaba salvaguardado por lo que no puede ahora, cuando ha desaparecido del folio correspondiente la garantía de salvaguarda, apelar a la existencia de un expediente de nombramiento de auditor a instancia de la minoría cerrado por resolución desestimatoria para rechazar el depósito de cuentas (minoría que como resulta del propio contenido del Registro votó a favor de la revocación del nombramiento de auditor).

El registrador Mercantil que conoció del expediente de solicitud de nombramiento de auditor decidió entonces que no procedía el nombramiento porque ya existía un auditor nombrado e inscrito para la verificación de las cuentas anuales. Si con posterioridad ha calificado positivamente la cancelación del nombramiento de éste, no puede ahora actuar como si dicha cancelación no se hubiese producido. No existe ya obstáculo registral alguno para el depósito de las cuentas por lo que procede la estimación del recurso.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación de la registradora.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Mercantil de la provincia donde radica el Registro, en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, conforme a lo establecido en la disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, 27 de diciembre, y los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 18 de noviembre de 2015.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.