

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**6322** *Resolución de 23 de abril de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador mercantil y de bienes muebles I de Santa Cruz de Tenerife, por la que se rechaza el depósito de cuentas de una sociedad correspondientes al ejercicio 2014.*

En el recurso interpuesto por don R. U. J., como administrador solidario de la sociedad «Reacte, S.L.», contra la nota de calificación extendida por el registrador Mercantil y de Bienes Muebles I de Santa Cruz de Tenerife, don Andrés Baretino Coloma, por la que se rechaza el depósito de cuentas de la sociedad correspondientes al ejercicio 2014.

#### Hechos

##### I

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

##### II

La referida documentación fue objeto en el Registro Mercantil de Santa Cruz de Tenerife de la siguiente nota de calificación: «Andrés Baretino Coloma, Registrador Mercantil de Registro Mercantil de Tenerife, previo el consiguiente examen y calificación, de conformidad con los artículos 3 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: 28/20926 F. presentación: 11/12/2017 Entrada: 2/2017/6.863,0 Sociedad: Reacte SL Ejercicio depósito: 2014 Fundamentos de Derecho (defectos) 1.–Los administradores solidarios que expiden la certificación con fecha 11 de mayo de 2016, don J. J. B. U. y don R. U. J., no tienen su cargo inscrito. Se hace constar que existe presentada escritura autorizada en Adeje el día 17 de diciembre de 2013 por el Notario don Salvador Madrazo Villaquiran, con número 2678 de su protocolo, presentada en este Registro con el número 7679 del Diario 70 encontrándose la misma calificada con defecto subsanable.– Art 11 del Reglamento del Registro Mercantil. 2.–Asimismo se hace constar que el capital social que consta en las cuentas, es el que deviene de dos escrituras de ampliación de capital, autorizadas en Adeje el día 2 de diciembre de 2010 y el 7 de mayo de 2014, ambas por el Notario don Roberto Jesús Cutillas Morales bajo el número 4753/2010 y 2235/2014 de protocolo y presentada en este Registro bajo el números 7680 y 7678 del Diario 70, las cuales se encuentran calificadas con defecto subsanable, por lo que para proceder a depositar las cuentas deben de inscribirse previamente dichos aumentos, ya que si las ampliaciones no se inscribiesen, las cuentas deberían formularse como recoge el Plan General Contable en su Norma 6.ª de Elaboración de las Cuentas Anuales en su apartado 9. 3.–Del registro resulta que el Auditor que expide el Informe «J. H. G.», no coincide con el nombrado por este Registro Mercantil para las cuentas del ejercicio 2.014, «J. M. A. R.», bajo expediente número 21/2015, instando por socio minoritario (arts. 94.1.4.º, 204 y 205 del RRM).–4.–Para practicar el depósito de las cuentas del ejerc1c10 «2014» deberá previamente efectuarse el depósito de las cuentas anuales de los ejercicios 2013 (art. 378 RRM y RDGRN de 21 de noviembre de 2011). Se ha dado

cumplimiento a lo dispuesto en el Artículo 15.º del RRM contando la presente nota de calificación con la conformidad del cotitular del Registro. En relación con la presente calificación: (...) Santa Cruz de Tenerife, a 3 de Enero de 2018 (firma ilegible). El registrador»

### III

Contra la anterior nota de calificación, don R. U. J., como administrador solidario de la sociedad «Reacte, S.L.», interpuso recurso el día 5 de febrero de 2018 en virtud de escrito en el que alega, resumidamente, lo siguiente: Primero.—Que la junta general de fecha 18 de diciembre de 2013 acordó el nombramiento de auditor para el ejercicio 2013, lo que se justifica con acta notarial de presencia; Que, como consecuencia, la sociedad formalizó contrato de auditoría con don J. H. G. en fecha 30 de diciembre de 2013, como se justifica con copia que se aporta; Que el artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital exige, para que un socio pueda instar la designación de auditor, que la sociedad no lo haya designado antes de la finalización del ejercicio a auditar, que el designado no haya aceptado o no pueda cumplir sus funciones, y Que, en el supuesto, no se dan ninguna de dichas circunstancias, por lo que el socio que instó en su día carecía de legitimación, por lo que no procedía atender su solicitud; Segundo.—Que la sociedad entregó el informe de auditoría realizado en relación a las cuentas del ejercicio 2014 a la socia que instó la designación al registrador Mercantil y, además, lo aporta al Registro Mercantil junto a las cuentas para su depósito, dando cumplimiento a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de julio de 2015 que desestimó la oposición a la designación por el registrador Mercantil, aportándose copia del recibo de la entrega a la socia y de la propia Resolución. El registrador no acepta el depósito de las cuentas pese a que existe informe de auditoría, que ha sido entregado al socio instante, y pese a que se aporta al propio Registro; Que de la Resolución de la propia Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de junio de 2015, resulta que la finalidad del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital es la de reforzar la posición de los socios minoritarios mediante la posibilidad de solicitar designación de auditor y que como excepción a esta regla general, no frustra el interés del socio el origen del nombramiento, ya sea voluntario, judicial o registral; Que así ocurre en el supuesto de hecho por realizarse el informe de verificación aportado por auditor debidamente registrado en el Registro Oficial y haber sido designado de forma voluntaria por la sociedad; Que, como explicita la citada Resolución, se dan una concurrencia de rogaciones en relación a la designación de auditor para el ejercicio 2014 que requiere la oportuna coordinación por el registrador Mercantil; Que así ocurrió en el supuesto de hecho en el que concurrieron la solicitud de inscripción de nombramiento voluntario y la solicitud del socio minoritario, supuesto en el que el registrador debe actuar de modo que sólo prevalezca un nombramiento por no ser admisible, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2007, que el mismo ejercicio sea objeto de verificación por dos auditores distintos; Que así lo estima también la sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife de fecha 21 de julio de 2015; Que, de la Sentencia del Tribunal Supremo resulta que: el derecho del socio a solicitar auditoría queda enervado por el encargo de una auditoría voluntaria realizado por los administradores sociales, y que la finalidad de la Ley es que la auditoría se realice y el socio tenga acceso a la misma. A lo anterior, hay que añadir la continua doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado que entiende que es injustificado proceder a un nombramiento de auditor cuando la sociedad ofrece para el mismo ejercicio un informe realizado por profesional independiente; Que, ante esta situación, es evidente que el registrador conocía, al rechazar el depósito de cuentas, que existía un informe de verificación y que, al encontrarse cerrado el expediente y de conformidad con el artículo 361 del Reglamento del Registro Mercantil, el designado por el Registro Mercantil no va a emitir informe alguno, frustrando así el interés de la sociedad y del propio socio y de los terceros que no pueden acceder a su contenido, y Que la sociedad ha cumplido con la

finalidad expresada en la Resolución de 22 de julio de 2015, por lo que el interés del socio está plenamente garantizado desde el momento en que existe un informe de verificación y desde el momento en que se entrega al Registro Mercantil para su depósito junto a las cuentas anuales, con nueva y extensa cita del contenido de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2007, y Tercero.—Que solicita la suspensión de la vigencia del asiento de presentación, de conformidad con el artículo 66 de la Ley Hipotecaria, hasta que recaiga resolución definitiva incluso en vía judicial y de conformidad con el contenido de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de septiembre de 2014, en cuya virtud la mera presentación del recurso produce el efecto de suspender su vigencia.

#### IV

El registrador emitió informe el día 14 de febrero de 2018, ratificándose en su calificación, y elevó el expediente a este Centro Directivo. Del informe resulta que el registrador considera el recurso extemporáneo, por cuanto se notificó a la presentante, por medio de correo electrónico, el día 4 de enero de 2018, acompañando copia de la instancia de presentación de la que resulta la autorización para que la notificación de la calificación sea llevada a cabo en determinada dirección de correo electrónico. Del informe resulta que la notificación de fecha 4 de enero de 2018 se refería a las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2014 y en relación a la sociedad «Reacte, S.L.», lo que se justifica por traslado de la pantalla del sistema de gestión del correo electrónico.

#### Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 18 y 20 del Código de Comercio; 265.2 y 279 de la Ley de Sociedades de Capital; la disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social; los artículos 38 y 326 de la Ley Hipotecaria; 366.1.5.º y 378.1 y 4 del Reglamento del Registro Mercantil, y, entre otras, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de noviembre de 2002, 29 de enero y 22 de mayo de 2003, 16 de diciembre de 2005, 31 de agosto de 2007, 11 de febrero, 26 de junio y 6 de noviembre de 2009, 15 de noviembre de 2011, 12 de noviembre de 2012, 21 de noviembre y 3 de diciembre de 2013, 19 de enero, 22 de julio y 15 de septiembre de 2016 y 15 de junio, 14 de septiembre y 20 de noviembre de 2017.

1. De los cuatro defectos señalados en la nota de defectos, el recurrente sólo impugna el designado como número tres. El objeto de este expediente se centra así en determinar si instado en su día por un socio minoritario la designación de auditor para la verificación de las cuentas anuales de la sociedad, que dio lugar a su nombramiento y a la oportuna inscripción en el folio de la sociedad, procede ahora el depósito de cuentas del mismo ejercicio cuando el informe de verificación que las acompaña está firmado por auditor distinto al designado por el registrador y que consta en la inscripción.

El registrador Mercantil considera que no procede el depósito ante lo que el recurrente argumenta, en esencia (vid. «hechos»), lo siguiente: a) Que existiendo auditor designado por la sociedad no procedía la designación por el registrador Mercantil al no concurrir los requisitos del artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital y carecer el socio instante de la debida legitimación, y b) Que la sociedad ha hecho entrega del informe de verificación llevado a cabo por el auditor voluntario a la socia que instó en su día, dando así cumplimiento a las exigencias de la Resolución de 22 de julio de 2015 y a las derivadas de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2007, y Que la desestimación del depósito frustra el interés de la sociedad, el de los terceros y el de la propia socia que instó la designación de auditor.

Para la mejor comprensión de los hechos que dan lugar a la presente es conveniente ordenarlos de la forma siguiente:

a) En fecha 31 de marzo de 2015, una socia de la sociedad solicita del Registro Mercantil donde la sociedad se encuentra domiciliada la designación de auditor para la verificación de las cuentas correspondientes al ejercicio 2014, fundamentando su solicitud en la dicción del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

b) La sociedad se opuso a su pretensión en ejercicio del derecho reconocido en el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil recayendo resolución del registrador Mercantil de fecha 21 de abril de 2015, por la que estimaba la solicitud de la socia con rechazo de los motivos de oposición de la sociedad.

c) Recurrida la anterior decisión, esta Dirección General dictó Resolución de fecha 22 de julio de 2015 por la que desestimó el recurso y confirmó la resolución del registrador Mercantil sobre la procedencia de designación de auditor por el propio registrador, por cuanto la sociedad, que había designado con anterioridad auditor voluntario, no había acreditado en modo alguno que el derecho de la socia instante a la verificación de las cuentas estuviese debidamente garantizado.

d) Confirmada la estimación de la solicitud de la socia, el registrador procedió a designar auditor mercantil y a inscribirlo en la hoja de la sociedad de conformidad con la previsión del artículo 358.2 del Reglamento del Registro Mercantil.

e) Ahora, la sociedad presenta a depósito las cuentas del ejercicio 2014 acompañadas de un informe de verificación llevado a cabo, no por el auditor designado e inscrito en el procedimiento seguido por el registrador Mercantil, sino por el que en su día fue designado por la propia sociedad.

2. Antes de resolver sobre el fondo del asunto y con carácter previo es preciso entrar a decidir si la interposición del recurso ha sido extemporánea tal y como señala el registrador en su informe previo a la elevación a esta Dirección General. El registrador Mercantil afirma en su informe que la calificación fue notificada por correo electrónico el día 4 de enero de 2018, por lo que aportado el escrito de recurso el día 5 del mes de febrero, lo ha sido en tiempo inhábil. Se justifica mediante el traslado de la pantalla de la aplicación de correo de la que resulta: que el día 4 señalado fue enviado un correo a la persona física presentante de la documentación a la dirección por ella señalada y en el que consta tanto la identidad del remitente como de la persona notificada, la fecha y hora, así como que el contenido de la notificación se refiere a las cuentas anuales presentadas para su depósito que dan lugar a la presente. En relación a esto último, el texto dice: «Se adjunta calificaciones de las cuentas anuales presentadas en este Registro, de los ejercicios 2011, 2012, 2013 y 2014 de la entidad Reacte S.L.».

De acuerdo con la disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social que establece: «La regulación prevista en la 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». Consecuentemente, es de aplicación la regulación de la Ley Hipotecaria en los recursos entablados contra la calificación de los registradores mercantiles.

El artículo 322 de la Ley Hipotecaria, en su segundo párrafo, establece lo siguiente: «Dicha notificación se efectuará de conformidad con lo previsto en los artículos 58 y 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. A tal efecto, será válida la notificación practicada por vía telemática si el interesado lo hubiere manifestado así al tiempo de la presentación del título y queda constancia fehaciente». Una repetida doctrina de esta Dirección General (por todas, Resolución de 23 de marzo de 2017), ha entendido que el interesado a que se refiere el precepto es exclusivamente el particular que, a diferencia del notario presentante, no está obligado a recibir notificaciones telemáticas. Dicha doctrina, anclada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2011, entiende que, de haber aceptado, valdrá la notificación electrónica o telemática siempre que quede constancia de la misma, con indicación del destinatario de la notificación y el contenido de ésta, debiendo incorporarse al expediente la correspondiente acreditación de dichos datos.

La referencia que a los preceptos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, lleva a cabo la Ley Hipotecaria, deben entenderse hoy a los correspondientes de la Ley 39/2015, de 1 octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Conforme a su artículo 14: «(...) 2. En todo caso, estarán obligados a relacionarse a través de medios electrónicos con las Administraciones Públicas para la realización de cualquier trámite de un procedimiento administrativo, al menos, los siguientes sujetos: a) Las personas jurídicas (...) d) Quienes representen a un interesado que esté obligado a relacionarse electrónicamente con la Administración». Siendo la presentante del documento a que se refiere este expediente una persona física que representa a una persona jurídica, la sociedad «Reacte, S.L.», debe entenderse que la misma está, desde la entrada en vigor de la ley (día 2 de octubre de 2016, conforme a su disposición final séptima), obligada en los términos a que se refiere el precepto lo que implica a su vez que las notificaciones derivadas de la calificación negativa a que se refiere el artículo 322 de la Ley Hipotecaria, pueden ser realizadas de forma electrónica. Así resulta del artículo 41.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, cuando afirma: «En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, la notificación se practicará por el medio señalado al efecto por aquel. Esta notificación será electrónica en los casos en los que exista obligación de relacionarse de esta forma con la Administración».

Ahora bien, para que la notificación se entienda realizada es preciso que se verifique conforme a lo que dispone el artículo 40.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre: «Con independencia del medio utilizado, las notificaciones serán válidas siempre que permitan tener constancia de su envío o puesta a disposición, de la recepción o acceso por el interesado o su representante, de sus fechas y horas, del contenido íntegro, y de la identidad fidedigna del remitente y destinatario de la misma. La acreditación de la notificación efectuada se incorporará al expediente». En otro caso, y de conformidad con la previsión del artículo 40.3 de la reiterada ley: «Las notificaciones que, conteniendo el texto íntegro del acto, omitiesen alguno de los demás requisitos previstos en el apartado anterior, surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de la notificación, o interponga cualquier recurso que proceda».

En el supuesto que da lugar a este expediente, la sociedad que solicita el depósito de cuentas es persona obligada a relacionarse electrónicamente con la Administración y actúa por medio de representante, lo que la obliga a recibir notificaciones en formato electrónico. Consecuentemente sería a partir de la fecha de notificación en forma electrónica cuando comenzaría a computarse el plazo para interponer el recurso por parte de su representado de conformidad con el artículo 326 de la Ley Hipotecaria.

Como resulta del informe del registrador Mercantil, resulta acreditada la notificación en hora determinada y en fecha 4 de enero de 2018 de la calificación de las cuentas a que se refiere el escrito de recurso, así como la identidad del remitente y de la persona física destinataria. No obstante, no resulta acreditado en modo alguno la «recepción o acceso por el interesado», tal y como exige la norma transcrita más arriba, lo que impide tener la notificación por realizada en los términos exigidos. Resulta en consecuencia que no puede considerarse acreditado, en los términos exigidos por la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, la práctica de la notificación de defectos en la fecha que resulta del informe del registrador.

Por el contrario, del escrito de recurso resulta que la sociedad recibió la calificación negativa el día 5 de enero de 2018 (fecha que coincide con la que consta en el informe del registrador como fecha de notificación por medio de correo certificado con acuse de recibo). Dado que resulta indubitada la presentación del escrito de recurso en fecha 5 de febrero de 2018, procede su admisión y que esta Dirección General se pronuncie sobre el fondo del asunto.

3. Por otro lado, y también como cuestión previa, es preciso poner de relieve, una vez más, que este expediente no puede tener en consideración documentos que se

aportan con el escrito de recurso y que no se pusieron a disposición del registrador al tiempo de la presentación.

Al respecto es doctrina reiterada de esta Dirección (por todas y entre las más recientes, Resolución de 14 de diciembre de 2017), que el recurso contra la calificación registral sólo puede recaer sobre cuestiones que se relacionen directa o inmediatamente con la nota de calificación del Registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma (cfr. artículo 326 Ley Hipotecaria). No procede en consecuencia que esta Dirección General lleve a cabo un pronunciamiento en relación con documentos que no se pusieron a disposición del registrador Mercantil al tiempo de llevar a cabo su calificación, sin perjuicio de que llevándose a cabo una nueva presentación se adopte un nuevo acuerdo de calificación en el que se haga referencia a dichos documentos (vid. artículo 108 del Reglamento Hipotecario).

4. Finalmente, y como última cuestión previa, es preciso dar respuesta a la solicitud, expresada en el escrito de recurso, de suspender la vigencia del asiento de presentación hasta que devenga firme, incluso en vía judicial, la resolución que se dicte.

Es evidente que esta Dirección General no puede atender semejante petición habida cuenta de que la duración del asiento de presentación viene predeterminada legalmente. Esta afirmación no supone que el asiento de presentación, en caso de recurso contra la decisión del registrador o contra la de esta propia Dirección General, no sea objeto de prórroga o suspensión, cuestión que no se prejuzga, sino que se trata de un efecto determinado legalmente y que, en consecuencia, no depende de una resolución estimatoria de este Centro Directivo.

Como ha recordado la reciente Resolución de 29 de noviembre de 2017: «La duración del asiento de presentación es de sesenta días hábiles contados desde el siguiente al de su fecha (cfr. artículos 17 y 66 de la Ley Hipotecaria y 109 del Reglamento Hipotecario), disponiendo el artículo 436 del Reglamento Hipotecario que "transcurrido el plazo de vigencia del asiento de presentación sin haberse despachado el documento, tomado anotación preventiva por defectos subsanables, en su caso, o interpuesto recurso, se cancelará de oficio dicho asiento por nota marginal". Ahora bien, tal duración puede ser objeto de prórroga en los casos legal y reglamentariamente previstos, entre los que se encuentran los supuestos de calificación negativa total o parcial del título presentado o de interposición de recurso contra dicha calificación. Así, de acuerdo con el primer párrafo del artículo 323 de la Ley Hipotecaria "si la calificación fuere negativa o el registrador denegare la práctica de la inscripción de los títulos no calificados en plazo, se entenderá prorrogado automáticamente el asiento de presentación por un plazo de sesenta días contados desde la fecha de la última notificación a que se refiere el artículo anterior. De esta fecha se dejará constancia por nota al margen del asiento de presentación", a lo que añade el párrafo tercero que "vigente el asiento de presentación, el interesado o el Notario autorizante del título y, en su caso, la autoridad judicial o el funcionario que lo hubiere expedido, podrán solicitar dentro del plazo de sesenta días a que se refiere el párrafo anterior que se practique la anotación preventiva prevista en el artículo 42.9 de la Ley Hipotecaria". Por su parte, el artículo 327 de la Ley Hipotecaria dispone que "a efectos de la prórroga del asiento de presentación se entenderá como fecha de interposición del recurso la de su entrada en el Registro de la Propiedad cuya calificación o negativa a practicar la inscripción se recurre"».

A lo anterior hay que añadir la dicción del inciso final del artículo 66 de la Ley Hipotecaria conforme al que: «En el caso de recurrir contra la calificación, todos los términos expresados en los dos párrafos anteriores quedarán en suspenso desde el día en que se interponga la demanda o el recurso hasta el de su resolución definitiva».

Las anteriores consideraciones son de plena aplicación al supuesto de recurso contra la negativa del registrador Mercantil a practicar el depósito de las cuentas anuales de una sociedad habida cuenta de lo establecido en la transcrita disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales,

Administrativas y del Orden Social, y en el artículo 368.3 del Reglamento del Registro Mercantil.

5. La cuestión planteada, y que constituye el asunto de fondo, ha sido objeto de tratamiento anterior por esta Dirección General, por lo que procede la reiteración de la doctrina al efecto elaborada (vid. «Vistos» y, especialmente, las Resoluciones de 21 de noviembre de 2013 y 22 de julio y 15 de septiembre de 2016). De conformidad con dicha doctrina, esta Dirección General ha afirmado que, habiendo sido designado auditor a instancia de la minoría, constando dicha circunstancia por inscripción en la hoja de la sociedad, y no acompañándose para su oportuno depósito el correspondiente informe de verificación llevado a cabo por el auditor designado, no procede que el registrador Mercantil lleve a cabo el depósito de cuentas solicitado (vid. «Vistos»). La situación registral al tiempo de llevar a cabo la calificación objeto de este expediente era la de existencia de auditor nombrado e inscrito a instancia de la minoría por lo que, de conformidad con la expresada doctrina de esta Dirección General, no cabe llevar a cabo el depósito de las cuentas si la solicitud no se acompaña precisamente del preceptivo informe de auditoría realizado por el auditor nombrado e inscrito en el Registro Mercantil.

Así resulta indubitadamente del contenido del artículo 279 de la Ley de Sociedades de Capital que dice: «1. Dentro del mes siguiente a la aprobación de las cuentas anuales, los administradores de la sociedad presentarán, para su depósito en el Registro Mercantil del domicilio social, certificación de los acuerdos de la junta de socios de aprobación de dichas cuentas, debidamente firmadas, y de aplicación del resultado, así como, en su caso, de las cuentas consolidadas, a la que se adjuntará un ejemplar de cada una de ellas. 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».

6. Los argumentos de contrario no puede enervar la conclusión anterior.

En primer lugar porque el recurrente pretende que se revise en este procedimiento el contenido de la Resolución de 22 de julio de 2015 de este Centro Directivo por la que se desestimó su recurso y se confirmó la resolución del registrador Mercantil de procedencia de designación de auditor a instancia de la minoría. Pretende incluso que se revise la legitimación de la socia entonces instante alegando el incumplimiento de los requisitos del artículo 265.1 de la Ley de Sociedades de Capital. Con independencia de que la solicitud de la socia se fundamentó en el número 2 de dicho artículo y no en el 1, (error en el que ya se incurrió en el recurso que dio lugar a la citada Resolución), es evidente que la pretensión del recurrente es del todo inaceptable.

En primer lugar porque las cuestiones relativas a la procedencia o improcedencia de que el registrador Mercantil llevase a cabo la designación de auditor a instancia de una socia al amparo de la previsión del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital fueron ventiladas en el procedimiento que dio lugar a la Resolución de 22 de julio de 2015, Resolución que ha devenido firme en vía administrativa de conformidad con lo establecido en el artículo 114 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, por lo que no pueden ser objeto de nuevo conocimiento en esta vía administrativa.

En segundo lugar porque el objeto de la presente lo constituye exclusivamente la cuestión que se ha hecho constar en el fundamento primero como consecuencia de la calificación negativa del registrador Mercantil a la rogación de depósito de las cuentas correspondientes al ejercicio 2014. El artículo 326 de la Ley Hipotecaria establece que el recurso debe recaer exclusivamente sobre cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, y el artículo 1 de la citada ley determina que los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los tribunales. No es objeto de este expediente el conjunto de circunstancias que se ventilaron en el procedimiento que dio lugar a la Resolución de 22 de julio de 2015 ni tampoco el contenido del asiento de inscripción de designación de auditor por el registrador mercantil, asiento que se encuentra bajo la salvaguarda judicial.

Es doctrina reiterada de esta Dirección General (vid., por todas, Resoluciones de 10 y 11 de noviembre de 1999, 18 de octubre de 2007, 18 de enero y 26 de octubre de 2012, 18 de enero de 2013, 10, 11 y 17 de febrero, 13 de marzo, 19 de mayo, 1 de agosto, 26 de septiembre, 14 de octubre, 24 de noviembre y 17 de diciembre de 2014, 19 de enero, 27 de junio, 2 de julio y 13 de septiembre de 2015 y 28 de enero y 19 de septiembre de 2016, entre otras) que sólo puede ser objeto de recurso la nota de calificación negativa de los registradores, pero no los asientos ya practicados. Tal doctrina de esta Dirección General (basada en el contenido del artículo 326 de la Ley Hipotecaria y en la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, Sentencia de 22 de mayo de 2000), afirma que el objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la Propiedad o Mercantil es exclusivamente la determinación de si la calificación negativa es o no ajustada a Derecho, como resulta de los artículos 19 y 19 bis de la Ley Hipotecaria.

En definitiva, el objeto de la presente se ciñe al que ha quedado expresado en la consideración inicial, lo que nos lleva al siguiente argumento del recurrente.

7. Alega el recurrente la propia doctrina de este Centro Directivo (fundamentada además en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de marzo de 2007), relativa a considerar que el derecho del socio a solicitar la auditoría prevista en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital queda enervado por el encargo de una auditoría voluntariamente realizado por los administradores, al ser indiferente el origen de la designación (juez, registrador, órganos sociales), ya que la finalidad del artículo no es que la auditoría se realice por un determinado auditor sino que aquella efectivamente se realice y el socio pueda tener perfecto conocimiento de la contabilidad de la sociedad. El recurrente entiende que en el supuesto de hecho se ha cumplido tanto la finalidad del precepto como las previsiones de la Resolución de 22 de julio de 2015, por cuanto la verificación de las cuentas ha sido llevada a cabo por un auditor debidamente inscrito en el Registro Oficial, y porque se ha hecho entrega del informe de verificación al representante de la socia que instó el procedimiento.

Prescindiendo del hecho de que la entrega o no a la interesada del informe de verificación no es cuestión que pueda ser considerada en la presente (al pretender acreditarlo el recurrente en su escrito de recurso, artículo 326 de la Ley Hipotecaria), la alegación del recurrente no puede tenerse en cuenta, ya que, una vez más, procedimentalmente el momento para discutir si la existencia de un auditor voluntario enervaba o no la solicitud de designación llevada a cabo por la socia minoritaria y el nombramiento por el registrador Mercantil no es éste, sino que lo fue el expediente incoado con motivo de tal solicitud, expediente en el que no consta la aportación del informe de verificación. La doctrina de esta Dirección General, amparada en la del Tribunal Supremo, que considera que la existencia de un informe de verificación llevado a cabo por un auditor voluntario enerva la designación de un auditor por el registrador Mercantil tiene el limitado alcance de impedir, efectivamente, que se lleve a cabo una doble auditoría sobre el mismo ejercicio de una sociedad, impidiendo así la designación de auditor en el ámbito del procedimiento previsto en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. Ahora bien, finalizado dicho procedimiento y resuelta la procedencia de que la auditoría sea llevada a cabo por el auditor designado por el registrador Mercantil, es evidente la improcedencia de traer a colación dicha doctrina pretendiendo amparar la conducta antijurídica de la sociedad que ante una resolución administrativa firme, incumple su contenido. La concurrencia de rogaciones sobre la determinación del auditor que había de auditar las cuentas anuales del ejercicio 2014 quedó resuelta por la Resolución de 22 de julio de 2015 y estableció que correspondía al auditor designado por el registrador Mercantil.

Establecido lo anterior no queda sino reiterar que el recurso no puede prosperar de conformidad con la continua doctrina de este Centro Directivo (vid. «Vistos»), relativa a la necesidad de acompañar el informe de verificación del auditor nombrado por el registrador. La situación registral al tiempo de llevar a cabo la calificación objeto de este expediente es la de existencia de auditor nombrado e inscrito a instancia de la minoría

por lo que, de conformidad con la doctrina de esta Dirección General, no cabe llevar a cabo el depósito de las cuentas si la solicitud no se acompaña precisamente del preceptivo informe de auditoría realizado por el auditor nombrado e inscrito en el Registro Mercantil. Mientras que la inscripción de nombramiento de auditor a instancia de la minoría continúe vigente, el registrador debe calificar en función de su contenido de conformidad con las reglas generales (vid. Resolución de 17 de enero de 2012, por todas, y artículos 18 y 20 del Código de Comercio en relación a los artículos 7 y 366.1.5.<sup>a</sup> del Reglamento del Registro Mercantil, y 265.2 y 279 de la Ley de Sociedades de Capital).

Alega el recurrente que la negativa del registrador frustra el interés de la sociedad y de los terceros así como el de la propia socia solicitante en su día. Con independencia de que esta Dirección General confirma plenamente el criterio del registrador, lo cierto es que si existe la frustración a que se refiere el recurrente, se debe exclusivamente a su propia conducta. Ante la Resolución de esta Dirección General por la que se desestimó su recurso y se confirmó la resolución del registrador Mercantil de que procedía la designación de auditor a instancia de la socia que inició el procedimiento, la sociedad, con claro desprecio de su contenido, no actuó en consecuencia prescindiendo de su efectividad y ejecutividad (artículos 38 y 39 de la Ley 39/2015, de 1 octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), continuando con una situación de hecho que pretende imponer a la situación de derecho que de aquella resultó y que accedió al Registro Mercantil (cuyo contenido se encuentra bajo la salvaguarda judicial ex artículo 20 del Código de Comercio). De seguirse la tesis del recurrente, el cumplimiento de las resoluciones administrativas firmes dependería de la exclusiva voluntad del obligado haciendo inútil el procedimiento y el ejercicio de su competencia por esta Administración.

Tampoco es aceptable la afirmación en cuya virtud se afirma que el hecho de la entrega del informe de verificación a la socia instante colma su interés. Reiterando que dicha cuestión no puede ser objeto de un pronunciamiento al haber sido alegada en trámite de recurso, lo cierto es que la interesada expresó el contenido de su interés en la solicitud de designación de auditor por el registrador Mercantil y que, una vez reconocida por esta Dirección General la pertinencia de atender a dicho interés no puede pretender la sociedad decidir al respecto. Es la socia a quien se reconoció el interés expresado la única que puede disponerlo, decidiendo si persiste o no pudiendo, incluso, renunciar al mismo si así lo considera oportuno (artículo 84 de la Ley 39/2015, de 1 octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas). Mientras que no se haga constar en el Registro Mercantil mediante la presentación de la oportuna instancia que refleje dicha renuncia, el registrador está obligado a calificar de acuerdo con el contenido del Registro y a rechazar el depósito de cuentas que no venga acompañado del informe de verificación firmado por el auditor que conste en el asiento correspondiente.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación del registrador.

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, 23 de abril de 2018.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.