

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

8259 *Resolución de 21 de junio de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles XI de Madrid a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de la sociedad «Controlltécnica Instrumentación Científica, SL».*

En el recurso interpuesto por la notaria de Madrid, doña Cristina Caballería Martel, contra la negativa del registrador Mercantil y de Bienes Muebles XI de Madrid, don Francisco Javier Llorente Vara, a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos sociales de la sociedad «Controlltécnica Instrumentación Científica, S.L.».

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el 11 de febrero de 2013 por la notaria de Madrid, doña Cristina Caballería Martel, se elevaron a público los acuerdos del consejo de administración de la sociedad «Controlltécnica Instrumentación Científica, S.L.», de 25 de enero de 2013, por los que se confirió poder a uno de los consejeros, con todas las facultades del órgano de administración, salvo las delegables, añadiéndose que dicho poder «podrá ejercitarlo aunque al hacerlo incida en la figura de autocontratación, exista conflicto de intereses o múltiple representación». En la misma escritura se elevó a público el acuerdo de la junta general de 25 de enero de 2013 por el que se nombra a don J. J. N. R. como auditor de cuentas para los ejercicios 2012 y 2013, con el voto a favor de don C. M. M., que representa el 51% del capital social, y con el voto en contra de don V. H. R., titular del restante 49%.

II

El 14 de febrero de 2013 se presentó copia de la anterior escritura en el Registro Mercantil de Madrid y se inscribió parcialmente con la calificación negativa emitida por el registrador, don Francisco Javier Llorente Vara, el día 25 de febrero de 2013, que a continuación se transcribe: «El Registrador Mercantil que suscribe previo examen y calificación del documento precedente de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil y habiéndose dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15 de dicho Reglamento, ha resuelto proceder a su inscripción en el: Tomo:..., Folio:..., Sección:..., Hoja:... Observaciones e incidencias De conformidad con la solicitud contenida en el título no se inscribe el nombramiento de auditor de cuentas de Don José Joaquín Navarro Rubio por no constar su aceptación. - Artículo 141 del Reglamento del Registro Mercantil -. Tampoco se inscribe lo referente al autocontrato, conflicto de intereses y múltiple representación que figura en el último párrafo del poder conferido a Don C. M. M., debido a que el propio órgano de administración carece de esa posibilidad de actuación, que solamente puede ser salvada por acuerdo de la Junta General -artículos 267 del Código de Comercio, 1459 del Código Civil, doctrina de la autocontratación y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de febrero de 2003 y 18 de julio de 2006. No se ha inscrito en el artículo 2 de los estatutos relativo al objeto social el asesoramiento jurídico por ser actividad profesional sometida a la Ley específica 2/2007 de 15 de marzo. Se hace constar la no inclusión de la/s persona/s nombrada/s a que se refiere la inscripción practicada en este Registro en virtud de este documento, en el Registro de Resoluciones Concursales conforme a lo

dispuesto en el artículo 61 bis del Reglamento del Registro Mercantil. Sin perjuicio del derecho a la subsanación de los defectos anteriores y a obtener la inscripción del documento, el interesado podrá: A) Puede instarse la aplicación del cuadro de sustituciones...B) Impugnarse directamente ante el Juzgado de lo Mercantil...; o C) Alternativamente interponer recurso en este Registro Mercantil para la Dirección General de los Registros y del Notariado... Madrid, 25 de febrero de 2013. El Registrador».

La escritura fue retirada por el interesado de las oficinas del Registro el día 26 de febrero y el día 27 del mismo mes se presentó nuevamente en unión de escrito de aceptación suscrito el día 28 de enero de 2013 por el auditor de cuentas designado, don J. J. N. R., cuya firma aparece legitimada por el Notario de Madrid, don José Blanco Losada, el día 27 de febrero de 2013. Y el día 1 de marzo fue objeto de la siguiente calificación emitida por el registrador don Francisco Javier Llorente Vara: «El Registrador Mercantil que suscribe previo examen y calificación del documento precedente de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil y habiéndose dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15 de dicho Reglamento, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada por haber observado el/los siguientes defectos que impiden su práctica: Entidad: Controltécnica Instrumentación Científica, S.L. Suspendida la inscripción del precedente documento por haberse solicitado por socio minoritario el nombramiento de auditor de cuentas para la verificación de las cuentas correspondientes al ejercicio de 2.012 en base al artículo 265 de la ley de Sociedades de Capital en instancia presentada en este Registro con fecha 18 de febrero de 2.013, número de expediente 89/2.013, anterior por consiguiente a la fecha de la aceptación del auditor nombrado por la junta general y en tanto se resuelva el citado expediente de nombramiento. Todo ello en base a lo que resulta de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado plasmado, entre otras, en las Resoluciones 18 de noviembre de 2011, 18 de junio de 2012 y 30 de agosto de 2012. Sin perjuicio de proceder a la subsanación de los defectos anteriores, y a obtener la inscripción del documento, en relación con la presente calificación: A) Puede instarse la aplicación del cuadro de sustituciones...B) Impugnarse directamente ante el Juzgado de lo Mercantil...; o C) Alternativamente interponer recurso en este Registro Mercantil para la Dirección General de los Registros y del Notariado...Madrid, 1 de marzo de 2013. El Registrador».

III

La calificación fue notificada a la notaria autorizante y al presentante el 14 de marzo de 2013. Y el 12 de abril dicha notaria interpuso recurso contra la calificación en el que alega los siguientes fundamentos jurídicos: « Primero.–El presente recurso tiene por objeto defender la inscribibilidad en el Registro Mercantil de una escritura de elevación a público de acuerdos sociales, entre otros, el acuerdo del Consejo de Administración por el que se otorgan poderes y el acuerdo de la Junta General relativo al nombramiento de auditor. El Registrador opta por no practicar la inscripción en base a los argumentos que figuran en sus calificaciones. Segundo.–Poderes del consejo de administración al presidente autorizando el autocontrato, el conflicto de intereses y la múltiple representación. a. El Sr. Registrador deniega la inscripción por entender que el autocontrato, el conflicto de intereses y la múltiple representación sólo puede ser salvado por la Junta General, citando los artículos 267 del Código de Comercio y 1459 del Código Civil. Sin embargo a mi juicio estos artículos son de aplicación pero para permitir la inscripción. b. Lo que procede determinar es a quién corresponde, con la teoría general de la representación, salvar el autocontrato o el conflicto de intereses. Según la misma corresponde salvarlo al representado (art. 267 C^oC^o y 1259 del CC), bien sea previamente (como ha sido en el caso que nos ocupa), bien posteriormente a través de la ratificación. Y ¿Quién es el representado? La sociedad, cuya gestión y representación corresponde al órgano de administración. c. Según la doctrina mayoritaria, si un consejero otorga un contrato, en nombre propio y en el de la sociedad, no habrá autocontrato prohibido si después es ratificado por el consejo. ¿Si se permite esta ratificación a posteriori, por qué

no a priori? d. Esta idea está basada en el art. 229 LSC que impone al administrador comunicar el conflicto al órgano de administrador, salvo que fuera administrador único, en cuyo caso lo comunicará a la Junta General. e. Por lo tanto en el caso del consejo se podría salvar, a priori o a posteriori por él mismo, no computando los votos por el consejero que es autorizado, es decir, por D. C. M.. En la escritura, objeto de este recurso, el acuerdo del Consejo fue unánime, que si dejas de contar los votos del consejero autorizado, estaría aprobado por las 2/3 partes. f. A quien le corresponde salvar el autocontrato prohibido, es al órgano de representación de la sociedad; esto es el órgano de administración, y sólo cuando la decisión recaiga en el mismo sujeto que debe ejecutar el negocio controvertido, al poder existir riesgo de parcialidad, corresponderá salvarlo a la junta general. g. El art. 1459 CC, en sede de compraventa, se aplica salvo que haya autorización del mandatario. Ya hemos dicho que aquí hay autorización de la sociedad a través del órgano de representación. Tercero.-Inscripción del nombramiento de auditor a. Se deniega la inscripción por haber solicitado el socio minoritario, es decir, D. V. H. R., el nombramiento de auditor de cuentas para la verificación de las cuentas correspondientes al ejercicio 2012, instancia que se presenta en el Registro el 18 de febrero del 2013. b. Hay que tener en cuenta, que D. V. H., era en el momento de la convocatoria de la Junta y proposición del orden del día, miembro del Consejo de Administrador. Su cargo estaba inscrito en el Registro Mercantil. c. Es el Consejo el que convoca la Junta General aceptando por unanimidad el orden del día, uno de los puntos era el relativo al nombramiento de auditor de cuentas. d. En la Junta D. V. H. con el 49% de participación en el capital vota en contra del nombramiento aprobado por la mayoría. e. Parece que al no gustarle el nombramiento que ha acordado la Junta, y para anular el acuerdo tomado por la mayoría, utiliza al Registro solicitándole al mismo el nombramiento de otro auditor, en base al art. 265.2 de la ley de Sociedades de Capital. f. No se entiende por qué el Registrador suspende la inscripción del nombramiento una vez se ha producido la aceptación del auditor, pues hay que tener en cuenta el principio de prioridad registral: «Artículo 10. Prioridad. Del RRM 1. Inscrito o anotado preventivamente en el Registro Mercantil cualquier título, no podrá inscribirse o anotarse ningún otro de igual o anterior fecha que resulte opuesto o incompatible con él. Si sólo se hubiera extendido el asiento de presentación, tampoco podrá inscribirse o anotarse durante su vigencia ningún otro título de la clase antes expresada. 2. El documento que acceda primeramente al Registro será preferente sobre los que accedan con posterioridad, debiendo el Registrador practicar las operaciones registrales correspondientes según el orden de presentación». Este principio de prioridad rige igualmente en el ámbito hipotecario, art.17 LH. ¿Es posible entender que una escritura de compraventa presentada en el Registro pendiente de ratificar por una de las partes, una vez se ratifica, vigente el asiento de presentación, sea denegada por la existencia de otra posterior contradictoria? g. Si bien el artículo 265.2 de la LSC permite la solicitud de auditor por los socios que representen el 5% del capital, siempre que la solicitud se haya hecho dentro de los tres primeros meses siguientes al fin del ejercicio, también lo es que el art. 354 RRM permite oponerse al nombramiento por parte de la sociedad si en el plazo de cinco días presenta prueba documental de que no procede el nombramiento. Y así se hizo, se acreditó al Registro, por parte de la sociedad, tanto el nombramiento por la junta como la aceptación por el auditor, durante la vigencia del asiento de presentación de la escritura de elevación a público objeto de este recurso. h. Llama la atención que el Registro proteja la contravención del principio de la prohibición de ir contra los actos propios. El socio minoritario formaba parte del Consejo que convocó la Junta por unanimidad, aceptando también por unanimidad el orden del día. ¿Pretende el socio minoritario conseguir a través del Registro lo que no ha podido conseguir en la Junta? i. Ni la ley de sociedades de capital ni el reglamento del registro mercantil en ningún sitio exigen que la aceptación del auditor nombrado por la sociedad, para que pueda inscribirse, tenga que ser anterior a la solicitud por el socio minoritario. j. Con la simple comprobación de fechas y los datos que obran en el Registro está más acreditado, que con anterioridad a la solicitud del nombramiento al Registro del auditor, ya estaba presentada en el Registro la escritura de elevación a público del acuerdo del nombramiento

de auditor voluntario, y estaba vigente el asiento de presentación de tal escritura. k Se califica que no se procede a la inscripción del nombramiento de auditor, sin indicarse nada para el ejercicio 2.013, cuando su nombramiento sí se ha efectuado dentro del ejercicio y no ha sido solicitado con anterioridad por socio alguno, y el auditor nombrado para ello ha procedido a su aceptación dentro del ejercicio para el que ha sido nombrado».

IV

Mediante escrito de 18 de abril de 2013, el registrador mercantil elevó el expediente, con su informe, a esta Dirección General, en la que causó entrada el 22 de abril.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 267 y 288 del Código de Comercio; 162.2º, 221, 1227, 1261, 1262 y 1459, números 1.º al 4.º, del Código Civil; 162, 220, 227 a 230 y 265 de la Ley de Sociedades de Capital; y las Resoluciones de esta Dirección General de 27 de febrero de 2003, 3 de diciembre de 2004, 18 de julio de 2006 y 13 de febrero de 2012, así como, en materia de nombramiento de auditores y expertos independientes, las de 27 de mayo de 2009, 26 de agosto y 3 de noviembre de 2010, 18 de junio y 30 de agosto de 2012 y 8 de mayo de 2013.

1. Según el primero de los defectos objeto de impugnación, considera el registrador que el poder conferido por el consejo de administración en favor de determinada persona no es inscribible en cuanto queda ésta facultada aun en caso de autocontrato, conflicto de intereses y múltiple representación, por cuanto el propio órgano de administración carece de esa posibilidad de actuación que sólo puede ser salvada por acuerdo de la junta general.

Esta cuestión ha sido ya resuelta por esta Dirección General. En la Resolución de 18 de julio de 2006 ya se expresó que «según la jurisprudencia, la doctrina científica mayoritaria y el criterio de este Centro Directivo (cfr. Resolución de 3 de diciembre de 2004), el administrador único, como representante orgánico de la sociedad sólo puede autocontratar válida y eficazmente cuando esté autorizado para ello por la Junta General o cuando por la estructura objetiva o la concreta configuración del negocio, quede «manifiestamente excluida la colisión de intereses que ponga en riesgo la imparcialidad o rectitud del autocontrato» (cfr., respecto de esta última precisión las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1956, 22 de febrero de 1958 y 27 de octubre de 1966; así como la Resolución de 2 de diciembre de 1998). Se trata así de evitar que el administrador, por su sola actuación, comprometa simultáneamente los intereses patrimoniales de la sociedad y el suyo propio o los de aquélla y el tercero cuya representación ostente, objetivo legal éste del que existen otras manifestaciones en nuestro Derecho positivo (cfr. artículos 162.2º, 221 y 1459, números 1.º al 4.º, del Código Civil; 267 y 288 del Código de Comercio; 65 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada –actual artículo 230 de la Ley de Sociedades de Capital–; y 127 ter de la Ley de Sociedades Anónimas –vid. los artículos 227 a 229 de la Ley de Sociedades de Capital–)». Precisamente porque el órgano de administración carece de facultades para autocontratar sin estar facultado por la junta general de la sociedad –cfr., por ejemplo, los artículos 162 y 220 de la Ley de Sociedades de Capital– no puede atribuir tales facultades al apoderado voluntario (vid., recientemente, la Resolución de 13 de febrero de 2012).

2. Respecto del segundo de los defectos impugnados son relevantes las siguientes circunstancias:

a) Mediante la escritura calificada se elevó a público el acuerdo de la junta general de 25 de enero de 2013 por el que se nombró auditor de cuentas para los ejercicios 2012 y 2013, con el voto favorable de un socio titular de participaciones que representan el 51% del capital social, y con el voto en contra del socio titular de las restantes

participaciones sociales. Presentada el 14 de febrero de 2013 en el Registro Mercantil, no se inscribió dicho nombramiento por no acreditarse la aceptación del auditor nombrado.

El 18 de febrero de 2013 se solicitó por el socio minoritario al Registro Mercantil el nombramiento de auditor de cuentas para la verificación de las cuentas correspondientes al ejercicio 2012 con base en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. El 26 de febrero se presentó por la sociedad escrito de oposición al nombramiento solicitado por el socio minoritario.

El 27 de febrero de 2013 se presentó en el Registro Mercantil un documento privado de aceptación del auditor nombrado con firma legitimada notarialmente en esa misma fecha, si bien en tal documento figura como fecha de aceptación el 28 de enero de 2013.

b) El registrador suspende la inscripción del nombramiento de auditor por la sociedad por constar en el Registro haberse solicitado por el socio minoritario el nombramiento de auditor al amparo de lo dispuesto en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, con fecha 18 de febrero de 2013, anterior, por consiguiente, a la fecha fehaciente de la aceptación del auditor nombrado por la junta. Según expresa el registrador en su informe, el registrador Mercantil IV de Madrid resolvió el 4 de marzo de 2013 que procede el nombramiento de auditor solicitado por el socio minoritario, si bien se halla este nombramiento pendiente de recurso interpuesto ante esta Dirección General.

3. La cuestión debatida debe resolverse conforme a la reiterada doctrina de este Centro Directivo (cfr., por todas, las Resoluciones de 18 de junio y 30 de agosto de 2012 y 8 de mayo de 2013 –Nombramiento de auditores de cuentas y expertos independientes–). Siendo la finalidad del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital reforzar la posición de los socios minoritarios, 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, pues el auditor, como profesional independiente, inscrito en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas, debe realizar su actividad conforme a las normas legales, reglamentarias y técnicas que regulan la actividad auditora.

Ahora bien, según la misma doctrina, para que la auditoría voluntaria pueda enervar el derecho del minoritario a la verificación contable debe ser anterior a la presentación en el Registro Mercantil de la solicitud del socio minoritario sobre nombramiento registral de auditor, pues si se admitiera que la sociedad pudiera enervar el derecho del socio minoritario 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 se estaría impidiendo la aplicación de una norma con rango legal declarativa de este derecho reconocido a la minoría.

En el presente caso la sociedad no ha acreditado el cumplimiento de tal requisito, pues la aceptación del auditor de cuentas tiene la fecha fehaciente que resulta de la legitimación notarial de su firma (cfr. artículos 1227 del Código Civil, en relación con los artículos 1261.1 y 1262 del mismo cuerpo legal), posterior a la presentación en el Registro Mercantil de la solicitud del socio minoritario.

Por cuanto antecede debe confirmarse el defecto, si bien únicamente respecto del nombramiento de auditor de cuentas para el ejercicio 2012, único para el cual ha ejercido su derecho el socio minoritario, por lo que es inscribible el nombramiento de auditor realizado por la sociedad para el ejercicio 2013.

Esta Dirección General ha acordado estimar parcialmente el recurso, únicamente en cuanto a la inscripción del nombramiento de auditor de cuentas para el ejercicio 2013, y desestimar con confirmación de la calificación impugnada en las restantes cuestiones planteadas, en los términos que resultan de los precedentes fundamentos de Derecho.

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, 21 de junio de 2013.–El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.