

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

17918 *Resolución de 3 de noviembre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles de Almería, a inscribir determinados acuerdos sociales adoptados en junta general que constan en acta notarial.*

En el recurso interpuesto por doña L. M. G., Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de la sociedad «R., S.L.», contra la negativa del Registrador Mercantil y de Bienes Muebles de Almería, don Gustavo Adolfo Moya Mir, a inscribir determinados acuerdos sociales adoptados en Junta General que constan en acta notarial.

Hechos

I

Mediante acta calificada de presencia, instada ante el Notario de Almería, don Joaquín No Sánchez de León, el 9 de diciembre de 2008, don A. G. M. R., que afirma actuar como administrador único de la sociedad «R., S.L.», requirió a dicho Notario para que levantara acta de la Junta General extraordinaria de la citada sociedad en el domicilio social el día 26 de diciembre de 2008.

Interesa dejar constancia de las siguientes circunstancias que figuran en dicha acta:

El Notario advierte en el momento del requerimiento inicial que el requirente no acredita su cargo de administrador.

Según la narración de hechos realizada por el Notario, en el momento inicial están presentes o representados socios cuya titularidad representa el 100% del capital social, si bien, el representante de uno de tales socios («S., S.L.»), con participaciones representativas del 16,20% del capital se limita a entregar determinada documentación y a ausentarse antes de que se declare constituida la Junta. En tal documentación se expresa: que mediante acta notarial de requerimiento de 7 de noviembre de 2008 (cuya copia se adjunta), la sociedad «S., S.L.» requirió al administrador único de «R., S.L.», para que convocara Junta General con inclusión de determinados asuntos en el orden del día; que no se convocó dicha Junta dentro del mes siguiente al requerimiento referido; que no se incluyó uno de los puntos del orden del día al que se había referido la solicitud; que, por ello, se ha visto obligado a solicitar judicialmente convocatoria de la Junta; y que la Junta convocada para su celebración el 26 de diciembre de 2008 está viciada de nulidad, por lo que tiene intención de impugnarla.

Entre otros acuerdos adoptados en la Junta General, se nombra administrador único a don I. A. M., quien aceptó el cargo.

El Presidente de la Junta General manifiesta que cuando realizó la convocatoria de aquélla como administrador único, no se incluyó por error involuntario uno de los puntos a los que había sido requerido por «S., S.L.», por lo que ahora accede a lo que según ese punto del orden del día se solicitaba (autorización a cualquier socio para realizar a su costa una auditoría de cuantías de la sociedad de los últimos cuatro años) y, por si ese socio minoritario no considerase adecuada la presente autorización, se acuerda la convocatoria de nueva Junta General extraordinaria para el 22 de enero de 2009.

Se termina la narración de lo acontecido en la Junta General, expresándose que por tratarse de acta notarial no es necesaria la aprobación del acta de dicha Junta.

Después de la expedición —el 13 de enero de 2009— de la copia autorizada de la referida acta notarial figura extendida en la misma una diligencia de subsanación de dicha copia por cotejo con la matriz de fecha 10 de marzo de 2009 en la que se manifiesta por el Notario autorizante que dicha acta debe entenderse que es un acta notarial de la Junta

General y extraordinaria; que ha verificado que dicha Junta fue convocada con los requisitos legales y estatutarios previstos; que una vez constituida la Junta, preguntó a los asistentes si existían protestas o reservas sobre las manifestaciones del Presidente relativas al número de los socios concurrentes y al capital presente, no existiendo ni reserva ni protesta alguna por parte de los socios; y que las manifestaciones que se vertieron en cuanto a los puntos del orden del día y su debate, son los que figuran reflejados en la diligencia unida al acta precedente.

Posteriormente fue autorizada, nueva acta, también calificada de presencia, por el mismo Notario, el 13 de enero de 2009, y en ella se procedió a narrar los hechos ocurridos en la Junta General extraordinaria de la sociedad recurrente celebrada el 22 de enero de 2009 (a la que asistieron todos los socios menos el minoritario antes mencionado), básicamente relativos al punto del orden del día que había sido omitido en el de la Junta General anterior a pesar de haber solicitado su inclusión el socio minoritario en orden a determinada información contable. En la copia autorizada figura una diligencia de cotejo con la matriz, de fecha 10 de marzo de 2009, de contenido idéntico al expresado en la anterior acta.

II

Presentada el 15 de enero de 2009 en el Registro Mercantil de Almería copia autorizada de la citada acta de 9 de diciembre de 2008, fue prorrogado el asiento de presentación, se retiró el título el 9 de febrero de 2009 y reintegrado el 18 de febrero, fue objeto de calificación negativa que a continuación se transcribe únicamente respecto del extremo que interesa en este recurso:

«Don Gustavo Adolfo Moya Mir, Registrador Mercantil de Almería, previo el consiguiente examen y calificación, de conformidad con los artículos 18.2 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada conforme a los siguientes Hechos y Fundamentos de Derecho:

... 1. Constando presentado acta de requerimiento a los efectos del artículo 55 LSL, el documento presentado incumple el contenido del artículo 101 y 102 RRM. Al omitir un punto de la convocatoria solicitada por socio minoritario, se puede vulnerar el artículo 45.3 LSL (RDGRN 26-11-2007).

2. ...

En relación con la presente calificación:

Puede instarse la aplicación del cuadro de sustituciones...

Puede impugnarse directamente ante el Juzgado de lo Mercantil de esta capital...

Cabe interponer recurso en este Registro Mercantil para la Dirección General de los Registros y del Notariado...

Almería, a 9 de marzo de 2009.–El Registrador [Firma ilegible; existe un sello su nombre y apellidos].»

El mismo título fue reintegrado con diligencia de subsanación el 10 de marzo de 2009 y se acompañó copia autorizada del acta notarial de 13 de enero de 2009 relativa a la Junta General celebrada el 22 de enero. Tales documentos fueron objeto de la siguiente calificación el 16 de marzo de 2009:

«... calificada negativamente con fecha 9 de marzo de 2009: Subsiste la nota inicial de calificación de defecto sobre este mismo Asiento de presentación en cuanto que pretendiendo subsanar el defecto observado en la nota con el número 1, se observa que en la diligencia extendida por el Sr. Notario se sigue observando defecto de forma y por tanto incumple con los requisitos legales que determinan el artículo 45.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, vulnerándose en consecuencia el derecho del socio minoritario; por tanto la junta adolece de vicio de nulidad.

Dado que la calificación de documentos complementarios es mera confirmación de la inicial,..., contra la presente decisión de no estimar subsanado/s el/los defectos/s señalados/s en la nota de calificación anterior, no cabe más recurso y prórroga del Asiento que los derivados de dicha nota de calificación inicial».

III

Contra la anterior calificación doña L. M. G., Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de la sociedad «R., S.L.», interpuso recurso con las siguientes alegaciones:

Hubo un error en la redacción del orden del día de la Junta de 9 de diciembre de 2008, por lo que uno de los extremos solicitados por el socio minoritario fue omitido en la convocatoria; error del que éste no pidió su subsanación al recibirla.

Por lo demás, se cumplieron todos los extremos de la convocatoria y fue aprobado en la Junta, previa deliberación, el extremo omitido. No obstante, fue nuevamente convocada Junta con dicho extremo como orden del día y nuevamente tratado en el misma y aprobado. Además, en la primera Junta se aprobó la reducción del capital a cero y aumento de 2.500.000 euros, habiendo mostrado el socio minoritario una actitud obstruccionista. Y se presentaron las actas para inscribir el único acuerdo inscribible, el nombramiento de nuevo administrador.

Respecto de la posible vulneración del artículo 45.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, a que se refiere la nota inicial, se han tratado en Junta General extraordinaria (como se ha indicado) todos los puntos del orden del día. La propia nota no revela defecto alguno pues indica que «se puede vulnerar» sin más fundamentación; y la Resolución que cita no tiene relación con dicha calificación.

La primera calificación está insuficientemente motivada y no especificaba con claridad de qué defecto se trataba, sin que fuera suficiente la cita de los artículos 101 y 102 del Reglamento del Registro Mercantil. Por ello, dicha calificación infringía los artículos 58.2.º, 62.3 y 62.4 de dicho Reglamento, así como el artículo 24 de la Constitución.

En la calificación de 16 de marzo de 2009 se expresa por el Registrador que se incumplen los requisitos del artículo 45.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, por lo que la Junta adolece de vicio de nulidad. Frente a este criterio cabe afirmar que el párrafo 2 del propio artículo 45.3 preceptúa cuál es el efecto o consecuencia jurídica del incumplimiento «total» por parte de los administradores cuando establece que podrá realizarse la convocatoria por el Juez. Por ello, aunque se hubiera omitido algún punto del orden del día (y en este caso no se ha omitido como resulta de lo expresado y de la celebración de la segunda Junta el 22 de enero de 2009), dicha omisión no supone nulidad de la Junta. Además, la defensa de los socios minoritarios y el enjuiciamiento de los conflictos entre los socios corresponden a los jueces.

Por otra parte, el hecho de que no se haya celebrado la Junta General en el plazo de treinta días desde el requerimiento efectuado por el socio minoritario, no da lugar a la nulidad de la Junta celebrada (cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2001, Audiencia Provincial de Madrid de 30 de diciembre de 1993, Audiencia Provincial de Barcelona de 3 de enero de 1996 y Audiencia Provincial de Almería de 23 de julio de 2003). Además, según la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 1 de diciembre de 2004, la omisión de determinados puntos en el orden del día de la Junta, solicitados por el socio minoritario, no da lugar a la nulidad de los acuerdos adoptados en dicha Junta sino a la posibilidad de solicitar la convocatoria judicial, puesto que la situación sería análoga a la de falta de convocatoria de la Junta; y en el mismo sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Barcelona en Sentencia de 19 de abril de 2006.

IV

El Notario autorizante informó que no corresponde al Registrador velar por los intereses de los accionistas minoritarios mas allá de la práctica de la anotación preventiva del artículo 55 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; que a los tres meses de su práctica la misma caduca quedando libre la vía judicial; y que se dan los requisitos de inscripción de cese y nombramiento de administrador.

V

El Registrador emitió informe y elevó el recurso a este Centro Directivo, en el que causó entrada el 20 de abril de 2009. En dicho informe manifiesta el Registrador que la única cuestión en la que centra su negativa a inscribir es la relativa a la omisión del punto del orden del día como causa de nulidad de la Junta, «sin entrar en si el Sr. Notario debió o no, en su momento, prestar su ministerio».

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 45.3, 51, 55, 56 y 100 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; 115 y siguientes de la Ley de Sociedades Anónimas; 326 de la Ley Hipotecaria; 18.2 del Código de Comercio; 727 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 45.3, 51, 55, 94, 97, 101, 102, 112, 113, 142, 155, 157 y 194 del Reglamento del Registro Mercantil; la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2001; y las Resoluciones de esta Dirección General de 6 de julio y 14 de diciembre de 2004, y 27 de noviembre de 2007.

1. En el presente recurso son relevantes las siguientes circunstancias:

a) Un socio cuyas participaciones representan el 16,20% del capital de una sociedad de responsabilidad limitada solicitó al administrador único de la misma que convocara Junta General con inclusión de determinados asuntos en el orden del día y requiriera la presencia de Notario para que levantara acta de dicha Junta.

b) En la convocatoria de la Junta se omitió uno de los puntos del orden del día al que se había referido la solicitud (autorización a cualquier socio para realizar a su costa una auditoría de cuentas de la sociedad de los últimos cuatro años). Respecto de tal extremo, en el acta notarial de la Junta, celebrada el 26 de diciembre de 2008, consta que el socio minoritario puso de relieve tal omisión y que, por ello, se ausentó de la reunión antes de que se declarase válidamente constituida, expresando aquél además su intención de impugnar los acuerdos de la Junta por entender que está viciada de nulidad. Asimismo, figura en el acta la manifestación del administrador único según la cual se produjo la referida omisión por error involuntario, razón por la que ahora accede a lo que se solicitaba según ese punto del orden del día (de modo que se acuerda autorizar al socio minoritario para llevar a cabo la referida auditoría) y, por si ese socio minoritario no considerase adecuada la presente autorización, se acuerda la convocatoria de nueva Junta General extraordinaria para el 22 de enero de 2009.

De la segunda Junta General referida (a la que asistieron todos los socios menos el minoritario antes mencionado) también se levantó acta notarial, en la que consta que se aprobó el acuerdo relativo a la información contable solicitada mediante el punto del orden del día que había sido omitido en la convocatoria de la Junta anterior.

c) En la primera Junta General se adoptó, entre otros acuerdos, el de cese del anterior administrador y nombramiento de un nuevo administrador único, que aceptó el cargo.

d) Presentadas las actas notariales de las respectivas Juntas Generales, el Registrador deniega la inscripción del cese y nombramiento de administrador porque, a su juicio, al omitirse un punto del orden del día de la convocatoria solicitada por el socio minoritario, se incumplen los requisitos establecidos en el artículo 45.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, vulnerándose el derecho de dicho socio minoritario, y por ello la Junta adolece de vicio de nulidad.

e) El recurrente alega que la omisión referida no da lugar a la nulidad de los acuerdos adoptados en dicha Junta sino a la posibilidad de solicitar la convocatoria judicial (puesto que la situación sería análoga a la de falta de convocatoria de la Junta), lo que en este caso no sería necesario por haber sido subsanada dicha omisión.

2. Conforme al artículo 326 de la Ley Hipotecaria, el recurso deberá ceñirse exclusivamente a las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del Registrador. Por ello, y a la vista del presente expediente, en el que constan los términos en los que el Registrador mantiene su calificación después de haber sido presentada la impugnación de ésta, debe decidirse únicamente si el concreto defecto que el Registrador achaca a la convocatoria de la Junta General de la sociedad debe impedir o no la inscripción del acuerdo cuestionado, sin que, por otra parte, proceda analizar los requisitos que debe cumplir toda acta notarial de Junta General para que despliegue los efectos que le son propios conforme al artículo 55 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y a los artículos 101 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

3. Ciertamente el artículo 45.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada establece que necesariamente han de incluirse en el orden del día de la Junta General los asuntos respecto de los cuales así se hubiera solicitado por uno o varios socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social.

Esta norma articula un mecanismo de tutela de la minoría mediante, por una parte, la solicitud de la convocatoria de la Junta General, a una minoría de socios determinada en el mencionado precepto y, por otra, imponiendo a los administradores obligados a atender la solicitud, una vez verificada la legitimación de la minoría, a incluir en el orden del día expresado en la solicitud.

Este segundo aspecto, es decir, la inclusión en el orden del día de los temas expresados por la minoría, es un elemento necesariamente anudado a la solicitud de convocatoria y tiene por objeto evitar que aun cumplida la solicitud, se sustraiga de la Junta General el debate sobre cuestiones que tenga interés tratar por la minoría. Ahora bien, el hecho de que se haya omitido en la convocatoria alguno de los asuntos a los que se refiere la solicitud del socio minoritario, en un caso como el presente, con las particulares circunstancias concurrentes, no implica que el Registrador Mercantil deba rechazar la inscripción de cualquiera de los acuerdos adoptados por la Junta. En efecto, habida cuenta del ámbito propio del procedimiento registral y del estrecho marco del recurso contra la calificación, debe entenderse que no se trata de una omisión de la que derive la nulidad patente de tales acuerdos, a falta de una norma como la establecida respecto de las sociedades anónimas en el artículo 97.4 de la Ley de Sociedades Anónimas (introducida por la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, en relación con el complemento de la convocatoria de la Junta). Además, debe tomarse en consideración que, mediante los acuerdos adoptados, fue acogida la pretensión que tenía por objeto el asunto omitido en el orden del día, y que, posteriormente se celebró una nueva Junta debidamente convocada para tratar del asunto previamente omitido.

Por otra parte, accediendo a la inscripción cuya práctica es objeto de debate en el presente recurso no se impediría la adecuada reacción de quienes se consideren con derecho a cuestionar la validez del nombramiento de que se trata, mediante la correspondiente acción de impugnación de los acuerdos cuya inscripción se ha solicitado, por defecto de convocatoria de la Junta que los adoptó, cuyo conocimiento corresponde a los Tribunales (cfr. art. 56 de de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada en relación con los arts. 115 y siguientes de la Ley de Sociedades Anónimas), con la eventual solicitud de las medidas cautelares que en su caso pudieran adoptarse, entre ellas la anotación registral de la demanda o la resolución de suspensión de dichos acuerdos.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso, en los términos que anteceden.

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, 3 de noviembre de 2010.–La Directora General de los Registros y del Notariado, M.^a Ángeles Alcalá Díaz.