

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

8603 *Resolución de 26 de julio de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación del registrador mercantil y de bienes muebles I de Pontevedra, por la que se suspende la inscripción de una certificación del acta de la junta general de una sociedad.*

En el recurso interpuesto por don M. L. Y., en su calidad de consejero delegado de la mercantil «Conservas Lago Paganini, S.L.», contra la nota de calificación del registrador Mercantil y de Bienes Muebles I de Pontevedra, don Vicente Artime Cot, por la que se suspende la inscripción de una certificación del acta de la junta general de la sociedad celebrada el día 10 de diciembre de 2015.

Hechos

I

Mediante certificación del acta de la junta general de la sociedad celebrada el 10 de diciembre de 2015 se solicita la inscripción de los acuerdos sociales adoptados por la mercantil «Conservas Lago Paganini, S.L.», en la que se acordó por unanimidad designar auditor de cuentas para los ejercicios 2014, 2015 y 2016 a la sociedad «Espaudit Gabinete de Auditoria, SAP», que aceptó el cargo mediante escrito que se acompañó a la mencionada certificación.

Dicha certificación fue presentada en el Registro Mercantil y de Bienes Muebles de Pontevedra el día 1 de abril de 2016, causando el asiento de presentación 2466 del Libro Diario 110.

II

Dicho documento fue calificado negativamente el día 6 de abril de 2016, indicándose dos defectos: «1.–Se cierra provisionalmente la hoja de la sociedad por falta del depósito de cuentas del ejercicio 2.014, por lo que se suspende la inscripción del presente documento, de conformidad con el artículo 378º del Reglamento del Registro Mercantil, hasta que, con carácter previo, se practique el depósito de las cuentas pendientes o se acredite la falta de aprobación de éstas en la forma prevista en el apartado 5 del mencionado artículo. 2.–En la precedente certificación de los acuerdos adoptados por la Junta General de la sociedad Conservas Lago Paganini, S.L., celebrada el 10 de diciembre de 2015 se nombra auditor de las cuentas anuales de la sociedad para los ejercicios 2.014. 2.015 y 2.016, no siendo posible el nombramiento citado para el ejercicio de 2.014 de conformidad con el artículo 264 de la Ley de Sociedades de Capital, que establece que la persona que deba ejercer la auditoría de cuentas será nombrada por la Junta General antes de que finalice el ejercicio a auditar. Artículo 264 de la Ley de Sociedades de Capital. Artículos 58 y 153 del Reglamento del Registro Mercantil».

III

Contra la anterior nota de calificación, don M. L. Y., en su calidad de consejero delegado de la mercantil «Conservas Lago Paganini, S.L.», interpuso recurso por escrito de fecha 9 de mayo de 2016, causando la entrada 1/2016/4.347,0 del año 2016 del mencionado Registro Mercantil. En tal escrito, el recurrente inicia realizando un relato fáctico de anteriores acuerdos de la sociedad y las correspondientes inscripciones de los

mismos. Indica que «con fecha 28/07/2014 se presentó ante el Registro Mercantil de Pontevedra para su despacho, depósito de las Cuentas Anuales ejercicio 2013. Dichas cuentas fueron calificadas sin defectos por el Registrador el 11 de agosto de 2014. Con fecha 15 junio de 2015 con número de entrada 1/2015/5483,0 se presenta ante el Registro Mercantil de Pontevedra certificación de nombramiento de auditor de cuentas de la sociedad para los ejercicios 2014, 2015 y 2016 a Espaudit Gabinete de Auditoría, S.A.P. El 27 de julio de 2015, se presentan con número de entrada 2/2015/506.872 para su despacho, depósito de las Cuentas Anuales ejercicio 2014. El 7 de agosto de 2015 se recibe notificación de calificación de defectos siendo los Fundamentos de Derecho: «1.–El informe de auditoría de las cuentas anuales está expedido por un Auditor de Cuentas cuyo cargo no consta inscrito, por lo que se suspende el depósito de las cuentas presentadas hasta que se practique la previa inscripción del citado auditor, cuya designación consta en certificación que fue presentada para su inscripción en este Registro el día 15 de junio de 2015, bajo el asiento número 4309 del Diario 109 y calificada negativamente (Art.6, 11 y 94.1.4º del RRM y Resolución de la DGRN de 5 de diciembre de 2008)» En relación al hecho anterior se recibe notificación de calificación de defectos siendo el Fundamento de Derecho: «1.–A tenor de lo dispuesto en el artículo 112 del RRM y por remisión del artículo 97 de dicho Reglamento, en la certificación del acta de la Junta General Ordinaria de la sociedad Conservas Lago Paganini, S.L. celebrada el 30 de junio de 2014, al tratarse de Junta No Universal, es necesario consignar las circunstancias que se enumeran a continuación, necesarias para calificar la validez de los acuerdos adoptados: Fecha y modo en que se hubiere efectuado la convocatoria y texto íntegro de la misma, haciendo constar en su caso, la fecha en que fue remitido el anuncio de la convocatoria de Junta al último de los socios». Personados en el Registro Mercantil de Pontevedra acreditamos que el modo de convocatoria de la Junta General de 30/06/2014 fue mediante correo electrónico, y en base a lo anterior nos informan de que es necesaria una nueva convocatoria de Junta General en la que se cumplan los requisitos previstos en los Estatutos de la mercantil». Reconocidos tales hechos, indica el recurrente que «con el objeto de subsanar los requisitos formales de la convocatoria de la Junta celebrada el 30/06/2014, con fecha 19 de noviembre de 2015, se convoca de nuevo Junta General Ordinaria para el día 10 de diciembre de 2015, mediante envío de burofax a todos los socios de la mercantil, con la antelación de 15 días prevista en los estatutos, expresando en la convocatoria, el Orden del día (con el mismo contenido que el de la Junta celebrada el 30/06/2014), asistiendo a dicha Junta el 100% del Capital social y siendo aprobados por unanimidad todos los acuerdos recogidos en el Orden del día». Siendo defectuosa la certificación de estos acuerdos, conforme a lo anteriormente expuesto, el recurso se dirige contra la calificación de los mismos indicando que «es doctrina reiterada de la Dirección General de los Registros y del Notariado que los eventuales defectos de forma en la convocatoria no deben impedir la inscripción si, atendidas las circunstancias del caso concreto, no han puesto en riesgo el ejercicio de los derechos individuales de los socios (Resolución de 26 de febrero de 2013, de 8 de febrero y 29 de noviembre de 2012). Y también es interpretación generalmente aceptada, que los requisitos formales de la junta, no han de regirse por un rigorismo formal, en vacío, sino, que sin olvidar la importancia de la forma, habrá que estarse al análisis material del desarrollo de la junta y muy especialmente, habrá de tenerse en cuenta si las omisiones formales suponen un perjuicio para los accionistas o terceros. Queda acreditado que el socio no compareciente fue notificado y así consta en la documentación que se adjunta a este escrito, cuestión que se refuerza con el hecho de que en la nueva convocatoria de junta celebrada el 10 de diciembre de 2015, realizada para subsanar el defecto de forma en la convocatoria, asisten la totalidad de los socios que conforman el capital social, y todos los puntos recogidos en el orden del día (que son los mismos que los aprobados en la Junta celebrada en el 30/06/2014), fueron aprobados por unanimidad. Entre estos acuerdos se encuentra el de nombramiento de auditor para los ejercicios 2014, 2015 y 2016. La ley permite sustituir válidamente un acuerdo social por otro, siempre que concurren las siguientes condiciones: 1.º El acuerdo a sustituir sea susceptible de convalidación, es decir, que sólo tenga

defectos formales. 2.º En el orden del día de la nueva junta se exprese con claridad el acuerdo objeto de subsanación o convalidación. 3.º El acuerdo sustitutorio o de convalidación sea idéntico en contenido al sustituido y elimine todos sus defectos formales. El acuerdo subsanatorio retrotrae sus efectos al momento en que fue adoptado el acuerdo sustituido, y dicho acuerdo y sus efectos, quedan convalidados. El transcurso del plazo de caducidad subsana también los defectos de los acuerdos sociales, salvo los contrarios al orden público que son insubsanables. Es importante incidir en el hecho de que no existen conflictos entre los socios, ni en el pasado, ni en la actualidad. Cuando se convocó nueva junta para subsanar los defectos en la convocatoria de la junta de 30/06/2014, se explicó el motivo de la nueva convocatoria, pues el deseo de la mercantil (y por tanto de sus socios) era proceder a la subsanación de los defectos anteriores y obtener la inscripción tanto de la renovación del cargo de auditor de cuentas, como de depósito de las cuentas anuales del ejercicio 2014». Además, sostiene que «la Ley de Sociedades de Capital, artículo 205 redacción L31/2014 prevé expresamente que la acción de impugnación de los acuerdos sociales caduca en el plazo de un año salvo en los supuestos de acuerdos contrarios al orden público, con respecto a los cuales la acción de impugnación no caduca ni prescribe. No existe impugnación por parte del socio no compareciente de los acuerdos adoptados por la Junta General de 30/06/2014, ni por defectos en la convocatoria de la Junta, ni tampoco con respecto a los acuerdos adoptados. Cuando se convoca la Junta General para el día 10/12/2015, se hace constar a todos los socios que el motivo es subsanar los errores formales padecidos en la anterior convocatoria de la Junta General celebrada el 30/06/2014».

IV

El registrador emitió informe en defensa de su nota de calificación el día 13 de mayo de 2016, ratificándola en todos sus extremos, y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 18 del Código de Comercio; 6 del Reglamento del Registro Mercantil; 264, 265, 268 y 269 de la Ley de Sociedades de Capital, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de enero de 2013, 17 de abril de 2015 y 25 de mayo de 2016.

1. En el presente expediente se trata de la posibilidad de inscribir el nombramiento de un auditor para la mercantil «Conservas Lago Paganini, S.L.», acordado en una junta celebrada el 10 de diciembre de 2015, para los ejercicios 2014, 2015 y 2016. En lo relativo a los ejercicios 2015 y 2016 no se plantea objeción alguna por parte del registrador ya que el nombramiento se produce antes de que concluya el ejercicio social correspondiente, debiendo manifestarse este Centro Directivo en relación al ejercicio 2014.

Concurren en el presente expediente circunstancias de hecho que deben ser resaltadas en el cuerpo de esta Resolución.

En primer lugar, se aprueba el nombramiento de auditor en junta general celebrada el 30 de junio de 2014 cuya certificación de fecha 29 de mayo de 2015 es calificada defectuosamente el día 17 de junio de 2015 al no «consignar las circunstancias que se enumeran, necesarias para calificar la validez de los acuerdos adoptados», ya que no se trataba de una junta general universal. Respecto de tal calificación queda simplemente expuesta a efectos de completar el relato fáctico, al no ser recurrida tal calificación.

En segundo lugar, con el objeto de subsanar los requisitos formales de la junta celebrada el 30 de junio de 2014, con fecha 19 de noviembre de 2015, se convoca de nuevo junta general, que se celebra con el carácter de junta universal el 10 de diciembre de 2015, aprobándose todos los acuerdos del orden del día, incluido el nombramiento de auditor.

2. Ha de empezar por distinguirse según se trate de nombramiento de auditor voluntario de aquellos otros supuestos en los que la sociedad esté obligada a verificar sus cuentas anuales (cfr. artículo 263 de la Ley de Sociedades de Capital).

Como ha señalado esta Dirección General (cfr. Resolución 20 de junio de 2016) el artículo 264.1 de la Ley de Sociedades de Capital (trasunto del antiguo artículo 204.1 de la antigua Ley de Sociedades Anónimas, que también era aplicable a la Sociedades de Responsabilidad Limitada, por la remisión del artículo 80 de su antigua Ley) establece que «la persona que deba (nótese el «deba», en relación con lo dispuesto en el artículo 263 de la Ley de Sociedades de Capital que determina en qué casos las cuentas anuales «deberán» ser revisadas por auditor) ejercer la auditoría de cuentas será nombrada por la junta general antes de que finalice el ejercicio a auditar...».

Al respecto, la Resolución de este Centro Directivo de 24 de noviembre de 2000 admitió que, tratándose de una sociedad que no está obligada a verificar sus cuentas, existe la posibilidad de nombrar auditor aunque haya acabado el ejercicio por auditar.

Lo mismo se desprende de las Resoluciones de 8 de mayo y 21 de junio de 2013 que examinaban, al abordar si cabía la inscripción de un auditor voluntariamente designado, si era o no obstáculo la constancia en el Registro de haber sido ya solicitado el nombramiento de auditor al registrador Mercantil, por parte de socios minoritarios, en relación al mismo ejercicio. En ellas se concluía que tal designación voluntaria sólo podría inscribirse si constase, con fecha fehaciente, que el nombramiento por parte de la sociedad había sido anterior a la fecha de la solicitud; pero no ponían trabas, ni indicaban que el tal nombramiento voluntario fuese, además e imperativamente, anterior a la fecha del cierre del ejercicio a auditar.

La clara conclusión es que el auditor designado por la sociedad con carácter voluntario puede serlo en cualquier momento, incluso ya cerrado el ejercicio auditable.

En el presente expediente, sin embargo, no resulta si la sociedad está obligada o no a verificar sus cuentas anuales.

3. Procede manifestarse sobre la afirmación que realiza el recurrente de que la segunda junta celebrada tiene por objeto la subsanación de los defectos de que adolecía la primera.

El artículo 204.2 de la Ley de Sociedades de Capital establece que «no será procedente la impugnación de un acuerdo social cuando haya sido dejado sin efecto o sustituido válidamente por otro adoptado antes de que se hubiera interpuesto la demanda de impugnación. Si la revocación o sustitución hubiera tenido lugar después de la interposición, el juez dictará auto de terminación del procedimiento por desaparición sobrevenida del objeto. Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio del derecho del que impugne a instar la eliminación de los efectos o la reparación de los daños que el acuerdo le hubiera ocasionado mientras estuvo en vigor».

La Ley de Sociedades de Capital recoge en su artículo 204.2 la posibilidad de sustituir válidamente un acuerdo por otro de idéntico contenido, mecanismo sanatorio que encuentra su ámbito de aplicación en los supuestos en que la ineficacia de la decisión social sustituida lo sea por motivos formales, pues cuando los defectos sean de orden material o sustantiva, la decisión corporativa idónea para enervar su eventual impugnación habrá de ser de sentido inverso a la característica de la sustitución, es decir, en lugar de producirse una confirmación de la voluntad social dirigida a reparar los defectos formales de un acuerdo social previo, lo que debe producirse es una alteración de esa voluntad, materializada en una nueva decisión asamblearia que prive de vigencia a la anterior, ya sea a través de una retractación pura y simple, ya sea por medio de una acuerdo de contenido objetivamente incompatible, fórmula que se encuentra igualmente contemplada en el artículo 204.2.

La eficacia retroactiva de los acuerdos de subsanación encuentra refrendo normativo en el efecto preclusivo sobre la acción de impugnación que el artículo 204.2 de la Ley de Sociedades de Capital vincula precisamente a la existencia de un acuerdo de sustitución o revocación. Dicha eficacia retroactiva deberá entenderse sin perjuicio de los principios que informan el Registro Mercantil y no perjudicará los derechos adquiridos por terceros (cfr. artículo 20 del Código de Comercio).

En el caso examinado en este expediente, el defecto que aquejaba al acuerdo de nombramiento era de índole formal y la sustitución se ha producido mediante otro de idéntico contenido adoptado por unanimidad de todos los socios. Por tanto, se ha producido la subsanación del primero y su eficacia se retrotrae a la fecha de su adopción.

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

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, 26 de julio de 2016.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.