

III. OTRAS DISPOSICIONES**MINISTERIO DE JUSTICIA**

8404 *Resolución de 28 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 II de Madrid a practicar el depósito de cuentas anuales de dicha sociedad.*

En el recurso interpuesto por don L. M. P., en nombre y representación y en su condición de consejero delegado de la entidad «Europa Zocodover, S.L.», contra la negativa del registrador Mercantil y de Bienes Muebles II de Madrid, don Manuel Casero Mejías, a practicar el depósito de cuentas anuales de dicha sociedad.

Hechos**I**

Hallándose depositadas las cuentas anuales del ejercicio 2011 de la sociedad «Europa Zocodover, S.L.», se presentaron el 25 de febrero de 2013 otras cuentas anuales correspondientes al mismo ejercicio, indicando, en la certificación de aprobación de las mismas, que se trataba de una subsanación de las cuentas anteriormente presentadas relativas al ejercicio 2011, y que el acuerdo de su aprobación se había adoptado el 29 de octubre de 2012 en una junta general «con el carácter de Extraordinaria» y la asistencia de socios que representaban el 66,66 por ciento del capital social.

El 26 de febrero de 2013 el registrador Mercantil resolvió no practicar el depósito de dichas cuentas por haberse observado los siguientes defectos subsanables: «a) Debe acreditarse la forma en que se convocó la junta para calificar si la convocatoria se efectuó de conformidad con los estatutos. (arts. 173, 174 y 176 LSC, 18 CCo y 6 RRM.)» y «b) Es necesario que se certifique el contenido de la convocatoria al objeto de calificar el cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 174 (en relación al orden del día) y 272.2 (en relación al derecho de información) ambos de la Ley de Sociedades de Capital».

Es relevante en este expediente el hecho de haberse practicado el 29 de octubre de 2012 anotación preventiva letra «A» por la que consta que, al amparo del artículo 203 de la Ley de Sociedades de Capital, se había solicitado de la presencia de notario en la junta general que se celebraría el 29 de octubre de 2012.

II

Después de haber sido retiradas, las cuentas anuales fueron nuevamente presentadas el 25 de marzo de 2013, figurando en una certificación complementaria la forma y plazo de convocatoria (en la misma, entre otros extremos se expresa que «La convocatoria de referencia fue realizada por el Presidente del Consejo»); y el registrador Mercantil y de Bienes Muebles número II de Madrid, don Manuel Casero Mejías, el 1 de abril, resolvió no practicar su depósito por haberse observado los siguientes defectos subsanables: «...A la vista de la anotación preventiva letra A recogida en el folio de esta sociedad, se requiere la presencia de notario en dicha junta. No se aporta el acuerdo del consejo de administración de convocar la junta, dado que el presidente no tiene facultades para ello (art. 167 LSC; Resoluciones DGRN 11/03/99, 08/03/05, 08/07/05 y 17/04/07; y Sentencia del Tribunal Supremo 24/02/95). Siendo de advertir que en la certificación complementaria presentada deberá aclararse la identidad del presidente del consejo de administración que da el visto bueno».

III

Mediante escrito presentado en esta Dirección General el 26 de abril de 2013, que entró en el Registro Mercantil de Madrid el 8 de mayo, don L. M. P., en nombre y representación y en su condición de consejero delegado de la entidad «Europa Zocodover, S.L.», interpuso recurso contra dicha calificación, con los siguientes argumentos: 1.º En cuanto al primer motivo de denegación, el artículo 59.2 del Reglamento del Registro Mercantil dispone que «La calificación deberá ser global y unitaria. La nota de calificación habrá de incluir todos los defectos por los que proceda la denegación o suspensión del asiento». Como queda acreditado por la calificación efectuada el día 26 de febrero de 2013, dicho defecto no ha sido señalado en la primera presentación. Posiblemente la causa de ello tenga su origen en el artículo 104.3 del Reglamento del Registro Mercantil que establece: «La anotación se cancelará por nota marginal cuando se acredite debidamente la intervención del notario en la junta, o cuando hayan transcurrido tres meses desde su fecha». Como está acreditado, la junta se celebró el día 29 de octubre de 2012, por lo que a fecha de 26 de febrero de 2013 habían transcurrido con exceso los tres meses establecidos en el artículo invocado para su cancelación. Entre las explicaciones para este hecho nunca podrá figurar la existencia de una anotación preventiva como la que se indica ahora. 2.º El segundo motivo de denegación está basado, posiblemente, más en una lectura superficial y rápida de la certificación complementaria aportada, que en un defecto de la solicitud. A efectos de una mayor claridad expositiva se transcribe «En su condición de socio de esta sociedad, le convoco a junta de socios a celebrar el próximo día 29 de octubre a las 10:30 h. en el domicilio social, al objeto de tratar los siguientes extremos aprobados en el Consejo de Administración celebrado en el día de ayer, y acuerdo de dicho consejo de convocar la presente junta». No es el presidente del Consejo el que convoca, sino el propio consejo, limitándose el presidente a notificar la convocatoria conforme a lo dispuesto en el artículo 11 de los estatutos sociales. No obstante, y a mayor abundamiento se acompaña ahora convocatoria del consejo y convocatoria de junta de socios donde se recogen literalmente los acuerdos aprobados por el consejo. 3.º En cuanto al tercer motivo de denegación invocado, es cierto que no se indica el nombre del presidente del consejo, pero no es menos cierto que se identificó por el cargo, pues presidente del consejo sólo puede haber uno y sus datos personales constan debidamente inscritos en el Registro Mercantil en los asientos correspondientes a la sociedad que nos ocupa. Por ello, solicitar datos que ya se tienen puede parecer un exceso de rigorismo inadecuado. No obstante lo anterior, el nombre del presidente del consejo es don L. M. D. C. y su N.I.F. es (...), lo que puede ser contrastado con los datos obrantes en el Registro.

IV

Mediante escrito de 17 de mayo de 2013, el registrador elevó el expediente, con su informe, a este Centro Directivo, en el que tuvo entrada el 22 de mayo. En dicho informe manifiesta que el 27 de marzo se dio traslado del recurso al notario autorizante, sin que se haya recibido alegación alguna.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 18, 20, 26, 27 y 31 del Código de Comercio; 166, 169, 171, 203.1 y 210.1 de la Ley de Sociedades de Capital; 258.5 y 326 de la Ley Hipotecaria; 127 del Reglamento Hipotecario; 7, 8, 97, 104.3, 109, 194 y 366 del Reglamento del Registro Mercantil; las Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1986, 24 de febrero de 1995, 8 de octubre de 2001, 5 de febrero y 4 de diciembre de 2002, 14 de marzo de 2005, 5 de enero de 2007 y 30 de octubre de 2009; y las Resoluciones de esta Dirección General de 13 de noviembre de 1999, 8 de marzo de 2005, 11 de julio de 2007, 17 de junio de 2010 y 4 de junio de 2013.

1. Habida cuenta de la presentación de determinados documentos por los que se pretende subsanar los defectos relativos a la convocatoria de la junta general y a la certificación de los acuerdos adoptados, y dado que tal documentación no pudo ser tenida en cuenta por el registrador en el momento de la calificación, no debe decidirse si tales documentos son suficientes para que se entiendan removidos dichos obstáculos pues, conforme al artículo 326 de la Ley Hipotecaria, la interposición del recurso contra la calificación no es la vía adecuada para subsanar los defectos recogidos en la misma.

Por otra parte, antes de entrar en el fondo del asunto y por lo que se refiere a la alegación del recurrente sobre el carácter global y unitario que debe tener la calificación registral, es necesario señalar que el primero de los defectos impugnados no fue puesto de manifiesto por el registrador al tiempo de presentar anteriormente las cuentas anuales para su depósito sino cuando las mismas fueron de nuevo presentadas con el fin de subsanar los defectos observados hasta ese momento. Como ha reiterado en numerosas ocasiones este Centro Directivo (por todas, Resolución de 17 de junio de 2010), de acuerdo con la exigencia del artículo 258.5 de la Ley Hipotecaria, la calificación ha de ser unitaria y global como expresión concreta del principio de seguridad jurídica consagrado en nuestra Constitución (artículo 9.3). También tiene declarado este Centro (cfr., recientemente y siguiendo doctrina ya consolidada, la Resolución de 4 de junio de 2013) que las consideraciones anteriores no pueden prevalecer sobre uno de los principios fundamentales del sistema registral como es el de legalidad, lo que justifica la necesidad de poner de manifiesto los defectos que se observen aun cuando sea extemporáneamente (cfr. artículo 127 del Reglamento Hipotecario) sin que dicha práctica sea necesariamente fruto de una mala praxis cuando obedezca a la aportación de nueva documentación por la parte interesada en la inscripción, como ocurre en el presente expediente en el que la expresión de un defecto que no se había puesto de manifiesto con anterioridad obedece al hecho de que se haya aportado documentación complementaria con el fin de subsanar el anteriormente señalado.

2. Según el primero de los defectos impugnados, el registrador suspende la práctica del depósito de cuentas anuales de una sociedad de responsabilidad limitada porque considera que, extendida anotación preventiva sobre solicitud de levantamiento de acta notarial de la junta general, es imprescindible la presencia de notario en dicha junta.

El acta notarial de la junta general de una sociedad de capital tiene en principio (cuando sea solicitada voluntariamente por los administradores) la misma finalidad probatoria que un acta ordinaria, pero con el valor añadido de que, al ser un instrumento público, quedan bajo la fe del notario los hechos consignados en la misma. Pero el legislador, en determinados casos y precisamente por la garantía que comporta la intervención notarial, impone la obligación de acudir a esa forma de documentación. Así ocurre en el artículo 203.1 de la Ley de Sociedades de Capital, que obliga a los administradores para requerir la presencia de notario siempre que, con cinco días de antelación al previsto para la celebración de la junta, lo soliciten socios que representen, al menos, el uno por ciento del capital social en la sociedad anónima o el cinco por ciento en la sociedad de responsabilidad limitada. Según este precepto legal, en este caso los acuerdos sólo serán eficaces si constan en acta notarial. Sin duda, mediante este condicionamiento de la eficacia de los acuerdos a su constancia en acta notarial se pretende dotar a la minoría de una mayor protección.

Frente a tal regulación legal no puede acogerse el criterio del recurrente cuando alega que la anotación preventiva practicada no produce efecto por haber transcurrido más de tres meses desde su fecha conforme al artículo 104.3 del Reglamento del Registro Mercantil.

Es cierto que para las sociedades anónimas, antes de la entrada en vigor del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, se establecía un régimen diferente al dispuesto para las sociedades de responsabilidad limitada, pues el artículo 114 de la Ley de Sociedades Anónimas, en los mismos supuestos, no condicionaba la eficacia de los acuerdos de la junta general a su constancia en acta notarial y el artículo 104.3 del Reglamento del Registro Mercantil establecía un modo de cierre registral en favor de la

documentación de los acuerdos en el acta notarial de la junta que tenía una vigencia temporal limitada, pues ordenaba que la anotación preventiva había de cancelarse bien cuando se acreditara debidamente la intervención de notario en la junta, sin más, bien cuando hubiera caducado por transcurso de los tres meses de su fecha. En cambio, para las sociedades de responsabilidad limitada el artículo 55.1 de su Ley reguladora ya condicionó la eficacia de los acuerdos a su constancia en acta notarial y, consecuencia de ese distinto régimen legal era el también distinto tratamiento del Reglamento del Registro Mercantil. Así, el artículo 194 particulariza el régimen cuando se trata de sociedades de responsabilidad limitada, y opta por otro tipo de asiento (la nota marginal, más propia que la anotación preventiva cuando como en este caso se trata de un asiento que más que impedir la entrada en juego del principio de fe pública registral tiene efectos internos de cierre registral), no contempla su cancelación y, lo que es más importante, impone el acta notarial como presupuesto necesario en todo caso para la inscripción del título o documento en que se formalicen los acuerdos y para el depósito de cuentas (cfr. las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2002 y 5 de enero de 2007, así como las Resoluciones de 13 de noviembre de 1999 y 11 de julio de 2007).

Por ello, en el presente caso, aun cuando se haya practicado una anotación preventiva y no la nota marginal que, conforme el artículo 194 del Reglamento del Registro Mercantil, habría sido la procedente, lo cierto es que no puede ignorarse la regulación sustantiva que resulta aplicable tanto para las sociedades de responsabilidad limitada como –desde la entrada en vigor del artículo 203.1 de la Ley de Sociedades de Capital– para las sociedades anónimas, y según la cual una vez solicitado por la minoría prevista el levantamiento de acta notarial de la junta general, esta documentación de los acuerdos se constituye en requisito imprescindible para la eficacia de los acuerdos adoptados y, por ende, para su acceso al Registro Mercantil.

3. También debe confirmarse el segundo de los defectos expresados por el registrador al exigir que se acredite que la convocatoria de la junta general ha sido realizada mediante acuerdo del consejo de administración.

La facultad de convocatoria de la junta general está reservada por la Ley al órgano de administración con carácter exclusivo, según el artículo 166 de la Ley de Sociedades de Capital, al margen de supuestos singulares como el relativo a la sociedad en fase de liquidación –como resulta del mismo precepto legal–, el de convocatoria judicial (artículos 169 y 171, párrafo primero, de la Ley de Sociedades de Capital) o el de órgano de administración incompleto y con objetivo limitado (como admite el párrafo segundo del artículo 171).

Si el órgano de administración ha adoptado la forma de consejo, su régimen de actuación ha de ser el propio de los órganos colegiados dentro del marco diseñado al respecto por los estatutos sociales atendiendo a las exigencias que les impone el artículo 210.1 de la misma Ley (cfr. la Resolución de 8 de marzo de 2005). Y, según doctrina jurisprudencial (vid. entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1986, 24 de febrero de 1995, 8 de octubre de 2001, 4 de diciembre de 2002, 14 de marzo de 2005 y 30 de octubre de 2009) que la facultad, o deber, de convocar las juntas generales de la sociedad corresponde al consejo de administración, de modo que si el consejo no convoca, su voluntad no puede ser suplida por el presidente del mismo, sino que ha de interesarse la convocatoria judicial.

4. Por último, respecto del tercer defecto, relativo a la especificación de la identidad del presidente del consejo de administración, debe tenerse en cuenta que la calificación del registrador para tener por depositados los documentos contables se extiende a la comprobación de que los presentados a los que alude el artículo 366 del Reglamento del Registro Mercantil reúnen los requisitos formales exigidos, y por ende, que la certificación del acuerdo social aprobatorio de las cuentas ha sido expedida por persona que tenga facultad para ello y su cargo certificante se halle inscrito (cfr. artículo 109 del Reglamento del Registro Mercantil), por lo que para realizar dicha comprobación es imprescindible que conste la identidad de quien expide la certificación presentada.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar 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 vigésimo cuarta de la Ley 24/2001 de 27 de diciembre, y los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 28 de junio de 2013.–El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.