

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA Y RELACIONES CON LAS CORTES

13017 *Resolución de 16 de mayo de 2024, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora mercantil de bienes muebles III de Pontevedra, por la que se rechaza el depósito de cuentas de una sociedad correspondiente al ejercicio 2022.*

En el recurso interpuesto por don J. B. M. B., en nombre y representación y como administrador único de la sociedad «Transportes Mosquera, SL», contra la nota de calificación extendida por la registradora Mercantil de Bienes Muebles III de Pontevedra, doña María del Pilar Rodríguez Bugallo, por la que se rechaza el depósito de cuentas de la sociedad correspondiente al ejercicio 2022.

Hechos

I

Se solicitó del Registro Mercantil de Pontevedra la práctica del depósito de las cuentas de la sociedad «Transportes Mosquera, SL» correspondientes al ejercicio 2022, con presentación de la documentación correspondiente el día 13 de noviembre de 2023.

Tras una primera calificación negativa, de fecha 1 de diciembre de 2023, la documentación fue aportada de nuevo el día 12 de enero de 2024, aportando certificado del acta de la junta general de aprobación de las cuentas anuales del que resulta que la citada junta se celebró el día 1 de agosto de 2023 con carácter de universal. Asimismo, resultaba que los acuerdos de aprobación fueron adoptados por una mayoría que representaba el 62,5 % del capital social.

Entre la documentación aportada se encontraba el informe de auditoría que tenía fecha de 10 de octubre de 2023.

II

Presentada dicha documentación en el Registro Mercantil de Pontevedra, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«La registradora Mercantil que suscribe, previo el consiguiente examen y calificación, de conformidad con los artículos 18 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: 118/24853.
F. presentación: 13/11/2023.
Entrada: 2/2024/500.154,0.
Sociedad: Transportes Mosquera SL.
Ejercicio depósito: 2022.

Fundamentos de derecho (defectos)

I. Realizada una nueva presentación telemática, se reitera la calificación anterior en cuanto a su punto primero: "En la documentación presentada el Informe de Auditoría incorporado está emitido el día 10 de octubre de 2023, fecha posterior a la de celebración de la Junta General de Aprobación de las cuentas anuales (1 de agosto de 2023), de lo que se deduce que dichas Cuentas Anuales han sido aprobadas sin el referido Informe de Auditoría. Es por ello que, para que su depósito pueda tenerse por efectuado, dichas cuentas deberán aprobarse nuevamente junto al citado informe de auditoría. (Arts. 93, 272, 279 y 280 T.R.L.S.C., Art. 3.1.e) del Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas, y Arts. 6, 58, 366 y 368 del R.R.M., y Resoluciones de la D.G.R.N. 28 de Octubre de 2005, 25 de Mayo de 2009, 23 de Abril de 2012 y 24 de Marzo de 2017.)".

Se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el Artículo 15.º del R.R.M. contando la presente nota de calificación con la conformidad del cotitular del Registro.

En relación con la presente calificación: (...)

Pontevedra, a 26 de Enero de 2024».

III

Contra la anterior nota de calificación, don J. B. M. B., en nombre y representación y como administrador único de la sociedad «Transportes Mosquera, SL», interpuso recurso el día 29 de febrero de 2024 en el que alegaba, resumidamente, lo siguiente:

Primero.

Que un 12,5 % del capital social es titular de una comunidad de bienes que ostenta, en consecuencia, una participación minoritaria.

Segundo.

Que el día 30 de marzo de 2023, la citada comunidad solicitó designación de auditor, lo que fue resuelto favorablemente por el Registro Mercantil en fecha 20 de abril de 2023, y Que, como administrador no procedió a convocar la junta general hasta contar con el informe de verificación, pero la misma comunidad solicitó en fecha 6 de julio de 2023 convocatoria de junta general al amparo del artículo 168 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Ante esta situación, se procedió a la convocatoria de junta para su celebración el día 1 de agosto de 2023, como efectivamente ocurrió, aprobándose las cuentas anuales por el 62,5 % del capital social. Del informe de auditoría, de fecha 10 de octubre de 2023, resultaba que las cuentas reflejaban la imagen fiel del patrimonio social.

Tercero.

Que, cumplidos todos los requisitos para el depósito, el Registro Mercantil debe proceder a su práctica.

Cuarto.

Que el Registro Mercantil se extralimita en sus funciones al apartarse de lo dispuesto en los artículos 280 de la Ley de Sociedades de Capital y 368 del Reglamento del Registro Mercantil; Que la sociedad ha presentado toda la documentación esperando a la emisión del informe de auditoría, pese al riesgo de preclusión del plazo del artículo 279 de la Ley de Sociedades de Capital y las responsabilidades que de ello

pueden derivarse. Todas las actuaciones se han realizado en un intento de salvaguarda del interés social y con estricto respeto de los derechos de los socios, siendo el socio minoritario el que ha generado la situación que el Registro Mercantil considera incorrecta, y Que ningún socio ha impugnado los acuerdos alcanzados, habiendo transcurrido el plazo del artículo 204 de la Ley de Sociedades de Capital. No existiendo lesión ninguna de los derechos de los socios y no incumpléndose precepto alguno debe procederse al depósito de cuentas.

Quinto.

Que la extralimitación del Registro Mercantil supone un evidente perjuicio para la sociedad, que puede incurrir en diversos incumplimientos con la responsabilidad que de ello puede derivarse.

IV

La registradora Mercantil emitió informe el día 5 de marzo de 2024 ratificándose en su calificación y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 18 y 20 del Código de Comercio; 253, 263, 265.2, 270, 272, 279 y 280 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital; 354, 358, 359, 366.1.5.º, 368 y 378 del Reglamento del Registro Mercantil; 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, 4 de julio de 2008, 11 de febrero, 26 de junio y 6 de noviembre de 2009, 15 de noviembre de 2011, 12 de noviembre de 2012, 3 de diciembre de 2013, 18 de noviembre de 2015, 18 y 19 de enero de 2016, 15 de junio y 14 de septiembre de 2017 y 28 de febrero y 27 de julio de 2018, y las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 3 (1.ª y 2.ª) y 7 de febrero, 5 de junio y 3 de diciembre de 2020 y 22 de enero de 2021, y en sede de convocatoria de junta general ordinaria de 8 de enero (1.ª y 2.ª) de 2021.

1. Una sociedad de responsabilidad limitada presenta a depósito sus cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2022 aprobadas por mayoría en junta general celebrada el día 1 de agosto de 2023. Se da la circunstancia de que un socio minoritario (en realidad, una comunidad de bienes), instó en su día y obtuvo resolución favorable de designación de auditor de cuentas al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital. El mismo grupo social instó y obtuvo con posterioridad del Registro Mercantil la resolución de pertinencia de convocatoria de junta general ordinaria con fundamento en el artículo 168 de la Ley de Sociedades de Capital.

La registradora rechaza del depósito porque siendo la fecha del informe de auditoría de 10 de octubre de 2023 entiende que la aprobación de las cuentas anuales se realizó sin que dicho informe se pusiese a disposición de los socios tal y como exige la Ley de Sociedades de Capital y ha entendido esta Dirección General. La sociedad recurre en los términos que resultan de los hechos.

2. Para la correcta resolución del expediente este Centro Directivo considera oportuno recordar el régimen legal y su doctrina en relación al depósito de cuentas de sociedades obligadas a verificación por solicitud de la minoría para, a continuación, analizar el impacto que el ejercicio del derecho de solicitar convocatoria de junta general pueda tener en aquélla.

En relación con la primera cuestión, el artículo 279 de la Ley de Sociedades de Capital, en la parte que ahora interesa, dice así: «(...) 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».

Como ha reiterado esta Dirección General, el texto, tras la reforma operada por la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, no ha modificado los derechos reconocidos por la ley a los socios minoritarios a obtener un informe de auditoría, ni ha alterado el régimen de protección que, para ello, le ofrece el Registro.

Por ello, debe reiterarse una vez más que, cuando en las sociedades no obligadas a verificación contable, se hubiese solicitado por los socios minoritarios el nombramiento registral de un auditor de cuentas, no puede tenerse por efectuado el depósito de las cuentas anuales si no se presenta el correspondiente informe.

De tal modo que presentadas las cuentas a depósito cuando ya se había sido solicitado el nombramiento de auditor por socio minoritario no cabe el depósito y las cuentas deberán aprobarse nuevamente para que su depósito pueda tenerse por efectuado.

Y esto es así cualesquiera que sean las incidencias que en el procedimiento de designación de auditor o de elaboración del informe se puedan haber producido. De otro modo quedaría vulnerado el derecho de los socios minoritarios a obtener el informe del auditor de cuentas, por circunstancias que puedan ajenas a su voluntad, lo cual no es admisible.

Y así, las Resoluciones de 6 de noviembre de 2009 y 12 de noviembre de 2012 rechazan las alegaciones del recurrente de que al tiempo de interponer el recurso, no existía nombramiento de auditor, y por tanto no podía existir informe de auditoría, al no ser la resolución sobre su nombramiento definitiva en vía administrativa, puesto que fue recurrida.

La Resolución de 16 de enero de 2016 entiende que, ante una situación de indeterminación sobre la obligación de presentar las cuentas junto al informe de auditor, el registrador Mercantil debe esperar a la resolución por parte de esta Dirección General del recurso de alzada interpuesto, para poder calificar el depósito de las cuentas anuales instado por la sociedad. Y si se confirma la decisión del registrador Mercantil sobre la procedencia del nombramiento de auditor, el registrador podrá rechazar el depósito si la solicitud no viene acompañada del informe de verificación por el auditor designado.

En el caso objeto de la presente, existe nombramiento efectivo a favor de persona determinada y la resolución que acuerda el nombramiento es firme en vía administrativa, en tanto que la misma no fue recurrida dentro de plazo, por lo que con mayor razón debe denegarse el depósito de cuentas si no se acompaña del correspondiente informe una vez producido el nombramiento efectivo.

Es preciso recordar que el procedimiento de nombramiento de auditor de cuentas por parte del registrador Mercantil viene regulado en el artículo 354 del Reglamento del Registro Mercantil, que dispone en sus apartados tercero y cuarto que «(...) Contra la resolución del Registrador podrán los interesados interponer recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el plazo de quince días a contar de la fecha de notificación de la resolución (...) 4. Transcurrido el plazo de oposición sin haberse planteado esta o, en otro caso, firme la resolución del Registrador, procederá éste al nombramiento solicitado».

Resultando firme la resolución que establece la procedencia de designación de auditor a instancia del socio minoritario resulta evidente que el depósito de las cuentas anuales no puede llevarse a efecto sin la aportación del pertinente informe de auditoría que, además, deberá ser aprobado por junta convocada al efecto (artículo 279 de la Ley de Sociedades de Capital).

3. Enlazando con lo anterior, es doctrina de esta Dirección General que la ausencia de expresión en la convocatoria de la junta del derecho reconocido en el artículo 272.2 de la Ley de Sociedades de Capital, supone la nulidad de la convocatoria y de los acuerdos adoptados.

Dice así el precepto citado: «A partir de la convocatoria de la junta general, cualquier socio podrá obtener de la sociedad, de forma inmediata y gratuita, los documentos que

han de ser sometidos a la aprobación de la misma, así como en su caso, el informe de gestión y el informe del auditor de cuentas. En la convocatoria se hará mención de este derecho».

Como ha puesto de relieve la Resolución de fecha 24 de marzo de 2017, el derecho de información ha sido configurado por la jurisprudencia (Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2000, 30 de enero y 20 de julio de 2001, 22 de mayo de 2002, 12 de noviembre de 2003, 29 de marzo de 2005, 13 de febrero y 20 de septiembre de 2006, 22 de febrero de 2007, 26 de julio de 2010, 13 de diciembre de 2012 y 26 de noviembre de 2014), como un derecho esencial, instrumental al de voto, imperativo e irrenunciable, que se tiene como consecuencia de la condición de socio.

Dicho derecho permite al socio actuar de forma efectiva en el seguimiento de la marcha de la gestión social, controlar las decisiones del órgano de administración, actuar en defensa de sus intereses y tener conocimiento preciso de los puntos sometidos a aprobación de la junta, posibilitando una emisión consciente y reflexionada del voto.

Este derecho se concreta no sólo en la obligación de la sociedad de proporcionar datos y aclaraciones relativas a los asuntos comprendidos en el orden del día sino también en poner en conocimiento del socio el contenido de su derecho cuando le llama a participar en una junta (Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2002, 12 de noviembre de 2003 y 22 de febrero de 2007).

Desde esta última perspectiva, esta Dirección General ha reiterado en numerosas ocasiones (vid., por todas, Resolución de 29 de noviembre de 2012), que el derecho de información de los accionistas o socios en cuanto unitario determina que la ausencia o falta de alguno de los requerimientos que debe comprender la convocatoria afecta a la totalidad.

Por ello, y por el especial rigor con que se pronuncia el legislador la omisión total o parcial de todos o algunos de los requerimientos que conforman el derecho de información implica un vicio de la convocatoria invalidando el acuerdo que sobre el particular se pueda adoptar (vid., Resolución de 16 de noviembre de 2002, entre otras muchas).

Es precisamente el carácter «mínimo» y esencial del derecho de información del accionista o socio el que ha provocado una dilatada doctrina que incide sobre su trascendencia y sobre la necesidad de extremar el rigor en su defensa hasta el punto de que se ha afirmado reiteradamente que en caso de duda procede actuar en su salvaguarda rechazando la inscripción (vid., por todas, Resolución de 8 de julio de 2005).

4. Es cierto que esta Dirección General ha afirmado que tan rigurosa doctrina debe mitigarse en ocasiones afirmando que, debido a los efectos devastadores de la nulidad, los defectos meramente formales pueden orillarse siempre que por su escasa relevancia no comprometan los derechos individuales del accionista o socio (vid. Resolución de 8 de febrero de 2012).

Desde este punto de vista se ha impuesto en casos concretos la consideración de que es preciso mantener los actos jurídicos que no sean patentemente nulos, la necesidad de que el tráfico jurídico fluya sin presiones formales injustificadas y la idea de que debe evitarse la reiteración de trámites que, sin aportar mayores garantías, dificultan y gravan el normal funcionamiento de las empresas (vid. Resoluciones de 2 y 3 de agosto de 1993, 26 de julio de 2005 y 29 de noviembre 2012). Siempre partiendo de la base de que los derechos individuales del accionista no sufran una merma en condiciones tales que puedan considerarse postergados ni resulte de forma indiscutible que los accionistas o socios minoritarios hayan considerado sus derechos individuales violados, situaciones estas que impiden cualquier consideración relativa a una interpretación flexible que se aleje de la rigurosa tradicional de este Centro Directivo (vid. Resolución 20 de mayo de 2013).

Esta última afirmación exige que la situación de hecho sea objeto de análisis pormenorizado para determinar si los derechos individuales de los socios llamados a reunirse en junta y, en su caso, expresar su voluntad mediante el ejercicio del derecho de voto, han sido violentados de forma tal que la rigurosa previsión del ordenamiento no admita corrección derivada de las circunstancias concurrentes.

En esta línea este Centro Directivo ha considerado que para que así sea deben concurrir en la situación de hechos una serie de circunstancias que permitan, en su apreciación conjunta, llegar a la conclusión de que no ha existido una violación inadmisibles de los derechos individuales de los socios (vid. Resolución de 20 de mayo de 2013).

Circunstancias como la naturaleza meramente formal de los defectos de convocatoria; su escasa relevancia en relación al conjunto de la convocatoria; el hecho de que el derecho de información haya sido respetado si bien insuficientemente en la convocatoria (vid. Resolución de 24 de octubre de 2013); que el contenido del derecho de información se haya reflejado con la debida claridad aunque insuficientemente (Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2005 y 20 de septiembre de 2006 y Resolución de 23 de abril de 2012); o incluso la circunstancia de que el resultado, presumiblemente, no vaya a ser alterado en una nueva junta (vid. Resolución de 24 de octubre de 2013, entre otras).

Esta doctrina ha recibido el respaldo legal como resulta de las modificaciones introducidas por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, en el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, que permiten sostener la doctrina expuesta.

De acuerdo con dicha reforma (artículo 204.3 del texto refundido), no procede la impugnación de acuerdos sociales por «la infracción de requisitos meramente procedimentales establecidos por la ley, los estatutos o los reglamentos de la junta y del consejo, para la convocatoria (...)» salvo que se refieran a la «forma y plazo» para llevarla a cabo. El propio precepto permite corregir una aplicación indiscriminada de tales postulados añadiendo que son impugnables los acuerdos cuando se hayan infringido requisitos que por su naturaleza puedan ser considerados relevantes, determinantes o esenciales circunstancia que debe resolverse incidentalmente con carácter previo al conocimiento del fondo del asunto (artículo 204 «in fine»).

5. Aplicando las consideraciones anteriores al supuesto de ausencia de puesta a disposición del informe de verificación e incluso de ausencia de información en el texto de la convocatoria, dicha circunstancia implica una contravención frontal de la previsión legal contenida en el artículo 272.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

El hecho de no poner a disposición de los socios el informe de auditoría exigido, aunque sea por razón de su inexistencia al no estar elaborado en el momento de celebración de la junta no puede modificar tal conclusión. Los eventuales perjuicios que para la sociedad implique la falta de depósito de las cuentas no evita la inexistencia de la infracción, sino que ha de llevar a su más pronta subsanación de acuerdo con la conducta exigible a una administración diligente.

La doctrina expuesta de esta Dirección General, es plenamente conforme con la establecida por el Tribunal Supremo que, en la Sentencia de 3 julio de 2008, se refiere explícitamente a un supuesto similar al que da lugar a la presente afirmando: «Es preciso dejar constancia de que la jurisprudencia (SSTS 2 de mayo de 2002, 12 de noviembre de 2003, 29 de julio de 2004, y 4 de octubre de 2005) ha subrayado la trascendencia del derecho de información de los accionistas, y la importancia de tal derecho, como instrumental del derecho de voto. En relación con éste derecho de información, dice la Sentencia de 22 de febrero de 2007: esta Sala tiene reiterado que es aquél que trata de facilitar al socio un conocimiento directo sobre la situación de la sociedad y desde luego es uno de los derechos más importantes del accionista, que mediante su ejercicio puede tener el conocimiento preciso de los puntos sometidos a aprobación de la Junta, posibilitando una emisión consciente del voto, por ello la doctrina de esta Sala ha venido reiterando que tal derecho de información, que es inderogable e irrenunciable, se concreta en la obligación de la sociedad de proporcionar los datos y aclaraciones relativas a los asuntos comprendidos en el orden del día -Sentencias de 22 de septiembre de 1.992, 9 de diciembre de 1.996, 9 de octubre de 2.000, 29 de julio de 2.004 y 21 de marzo de 2.006-. La ratio de la norma contenida en el artículo 205.2 LSA, esto es, la posibilidad de que, en las sociedades no sometidas a verificación obligatoria, la minoría acuda a la designación de un auditor por el Registro Mercantil, es

tratar de asegurar el control de las cuentas por un profesional independiente (STS de 9 de marzo de 2007). La denegación, y entendemos que el impedimento, del informe de auditoría, que no se ha pedido abusivamente o de mala fe, supone lisa y llanamente un conculcación total del derecho de información, lo que debe ser causa ineludible de una nulidad radical y de pleno derecho a los acuerdos de la junta cuestionada (STS 18 de julio de 2001)».

La contundencia del pronunciamiento jurisprudencial no deja lugar a dudas. El acuerdo de aprobación de las cuentas adoptado en una junta en cuya convocatoria se ha incumplido la exigencia del artículo 272.2 de la Ley de Sociedades de Capital es nulo de pleno derecho.

La previsión del ordenamiento es que el socio minoritario pueda solicitar la designación de auditor en el plazo de tres meses desde el cierre del ejercicio a fin de que se lleve a cabo su verificación contable (artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital).

Dicho plazo coincide con el que la ley atribuye a los administradores para la formulación de las cuentas (artículo 253.1 de la propia ley), de modo que en caso de que resulte la necesidad de llevar a cabo la verificación, se pueda realizar la convocatoria de la sociedad en forma, con pleno cumplimiento de las exigencias legales y dentro del plazo de seis meses previsto en el artículo 164 de la propia Ley de Sociedades de Capital.

Cuando la previsión legal no se cumpla porque, como ocurre en este expediente, los trámites derivados de la designación de auditor o los derivados de la elaboración del informe de verificación se hayan visto retrasados, un administrador prudente debe abstenerse de convocar junta ordinaria ante la incertidumbre de si la verificación de las cuentas anuales será o no obligatoria o de si el informe de verificación estará emitido al tiempo de la celebración, habida cuenta de las graves consecuencias que de ello pueden derivarse.

En definitiva, la ausencia de puesta a disposición del informe de verificación e incluso de ausencia de información en el texto de la convocatoria implica una contravención frontal de la previsión legal contenida en el artículo 272.2 de la Ley de Sociedades de Capital. El hecho de no poner a disposición de los socios el informe de auditoría exigido, aunque sea por razón de su inexistencia al no estar elaborado en el momento de celebración de la Junta no puede modificar tal conclusión. Los eventuales perjuicios que para la sociedad implique la falta de depósito de las cuentas no conlleva la inexistencia de la infracción, sino que ha de llevar a su más pronta subsanación de acuerdo con la conducta exigible a una administración diligente.

6. Llegamos así a la segunda cuestión trascendente para la correcta resolución del objeto de la presente, cuestión que ya dio lugar a las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 8 de enero de 2021 (1.^a y 2.^a, en sede de expedientes de solicitud de convocatoria de junta general, ex artículo 168 de la Ley de Sociedades de Capital), cuya doctrina debe ser reiterada. Entonces, como ahora, se alegaba por la sociedad que solicitada y obtenida por la minoría social la designación de auditor de cuentas y pendiente la finalización del informe de auditoría, la misma minoría solicitaba la convocatoria de junta general ordinaria del artículo 164 de la Ley de Sociedades de Capital, afirmando su improcedencia.

Como se afirmó entonces, es preciso tener en cuenta que el presupuesto de aplicación del artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital es la falta de convocatoria de la junta general ordinaria en el plazo legalmente establecido, no la aprobación de las cuentas anuales. Es el incumplimiento por parte del órgano de administración de la obligación a que se refiere el artículo 164 de la Ley de Sociedades de Capital lo que legitima a cualquier socio a instar la convocatoria por parte del registrador Mercantil, sin ser óbice el hecho de que el informe de auditoría no haya sido objeto de entrega y sin que tenga trascendencia alguna que la exigencia de emisión de informe sea consecuencia de la iniciativa de los mismos socios (artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital), que solicitan la convocatoria de junta ordinaria.

Caso de que la junta general ordinaria no sea convocada en el plazo legalmente previsto por quien legalmente está obligado a hacerlo, el órgano de administración ex

artículo 167 de la Ley de Sociedades de Capital, la ley establece el mecanismo previsto en su artículo 169.1 para que lo sea por parte del registrador mercantil o letrado de la Administración de Justicia a instancia de cualquier socio; derecho individual del socio que surge con la concurrencia de los requisitos legales y del que no se le puede privar por actos de un tercero o del propio órgano de administración y sin perjuicio de las consecuencias que del incumplimiento de los requisitos legales puedan derivarse para quien estaba obligado a su cumplimentación.

Llegados a este punto es preciso discernir los dos aspectos que se han puesto de relieve en las consideraciones anteriores: por un lado el derecho individual de cualquier socio para, concurriendo los requisitos, solicitar la convocatoria de junta general ordinaria y por otro, la existencia de causa de nulidad de la convocatoria y de la misma junta general si aquella no hace mención del derecho de los socios en los términos establecidos en el artículo 272.2 de la Ley de Sociedades de Capital como manifestación del derecho de información de los socios.

No se puede pretender privar del primer derecho (el de obtener informe de verificación de las cuentas anuales), a un socio con la excusa de que no se puede garantizar el segundo (el de obtener convocatoria de junta general ordinaria), pues ambos son inderogables, dependen de circunstancias distintas y pueden conllevar consecuencias igualmente distintas.

De este modo ejercitado el derecho a que se convoque junta general ordinaria y reconocido por el letrado de la Administración de Justicia o el registrador procede sin más que se proceda a convocar tal y como prevé el artículo 170 de la Ley de Sociedades de Capital.

Convocada la junta general, si existe causa de nulidad derivada del incumplimiento de obligaciones legales, se estará a las previsiones de la propia ley sin perjuicio de las responsabilidades que puedan derivarse, de la obligación del órgano de administración de proveer lo necesario para ratificar o convalidar los acuerdos adoptados (vid. Resoluciones de 4 y 16 de julio de 2016), y de la posibilidad de que decaiga la causa de nulidad (por ejemplo, porque así lo acuerden la totalidad de los socios o porque presentado el informe de verificación se haga en plazo una subsanación de la convocatoria).

7. Aplicadas las observaciones anteriores al supuesto que da lugar a la presente resulta con claridad que el recurso no puede prosperar. Del certificado del acta de junta que se adjunta a las cuentas anuales presentadas a depósito resulta que la junta general ordinaria se celebró el día 1 de agosto de 2023 con carácter de universal, que el acta fue aprobada por socios que representan el 62,5% del capital social, que el mismo porcentaje de socios aprobó las cuentas anuales y que las citadas cuentas no han sido objeto de verificación por parte de auditor.

En consecuencia, no estando el informe de verificación a disposición de los socios al tiempo de la celebración de la junta general que debía aprobar las cuentas anuales, pese a resultar inscrito el nombramiento de auditor a instancia de la minoría, el acuerdo de aprobación por mayoría de los socios es nulo de pleno derecho lo que impide su depósito.

Los argumentos de contrario no pueden enervar dicha conclusión, en primer lugar no puede afirmarse que la situación creada es responsabilidad de los socios que han instado tanto la designación de auditor de cuentas como la celebración de la junta general de socios. El argumento es insostenible porque, como resulta de las consideraciones anteriores, los socios se han limitado a ejercer los derechos que la ley les reconoce por lo que no puede pretenderse trasladarles la responsabilidad de la correcta aplicación de las previsiones legales que recae sobre el órgano de administración.

Tampoco puede sostenerse que la registradora Mercantil se ha excedido en su competencia. Bien al contrario, como resulta de los artículos 18 del Código de Comercio y 280 de la Ley de Sociedades de Capital, el registrador debe calificar «(...) si los documentos presentados son los exigidos por la ley, si están debidamente aprobados por la junta general y si constan las preceptivas firmas». Así ha ocurrido en el supuesto de

hecho al calificar negativamente la solicitud de depósito de cuentas al no estar debidamente tomado el acuerdo de aprobación.

No cabe afirmar, como hace el escrito de recurso, que todas las acciones han tenido como objetivo la defensa del interés social cuando el resultado obtenido ha sido privar a los socios minoritarios del derecho que ostentan a que las cuentas anuales verificadas se pongan a su disposición al tiempo de la celebración de la junta general (artículo 279 de la Ley de Sociedades de Capital), como no puede afirmarse que no ha existido lesión alguna para los socios cuando dicha circunstancia es incompatible con los requisitos legales para la aprobación de las cuentas y corresponde en cualquier caso a los propios socios la defensa de su posición jurídica.

No cabe en suma afirmar que puesto que la opinión vertida en el informe de verificación es favorable carece de trascendencia que se haya privado a los socios que instaron su elaboración del derecho a disponer del informe al tiempo de la celebración de la junta general (artículo 272 de la Ley de Sociedades de Capital), como no puede afirmarse que dado que el acuerdo de aprobación no ha sido impugnado es irrelevante la situación anterior. Dejando de lado que se trata de una mera afirmación de parte puesto que del expediente no resulta dicha circunstancia, como ya afirmara la Resolución de esta Dirección General de 30 de mayo de 2018, «(...) resulta con toda claridad que la apreciación de la existencia de caducidad para la impugnación de los actos societarios impugnables no es, en absoluto, automática al depender su apreciación de un conjunto de factores que derivan de la situación de hecho, de la posición relativa del actor y de la valoración de la conducta de las partes que aprecie el juzgador. No puede pretenderse que en el estrecho ámbito del expediente registral, caracterizado por la exclusiva aportación de la documentación pública que le sirve de sustento, pueda el registrador apreciar y valorar una serie de circunstancias extracartulares de las que depende la efectiva caducidad de la acción y que, por su naturaleza, están reservadas al conocimiento de los tribunales (...) sin dejar de lado la posibilidad de que el supuesto de hecho se integre en aquellos que el precepto considera no sujetos al instituto de la caducidad de la acción. Como del propio artículo 205 resulta, no están sujetos a caducidad ni a prescripción los acuerdos cuyas "circunstancias, causa o contenido resultaren contrarios al orden público". El recurrente afirma que los acuerdos impugnados no se encuadran dentro de los que el legislador considera contrarios al orden público pero esta afirmación implica hacer supuesto de la cuestión, pues de plantearse correspondería al juzgador pronunciarse al respecto en función del conjunto de pruebas aportado por las partes. No corresponde a la parte llevar a cabo semejante afirmación pues como resulta de la Sentencia del Tribunal Supremo número 596/2007, de 30 mayo (con cita de otras): "(...) el concepto de orden público en el área de los acuerdos sociales es de los denominados indeterminados, y que generalmente se aplica a acuerdos, convenios o negocios que suponen un ataque a la protección de los accionistas ausentes, a los accionistas minoritarios e incluso a terceros, pero siempre con una finalidad, la de privarles de la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24.1 de la Constitución Española". Y más adelante al citar la Sentencia del propio Tribunal de 28 de noviembre de 2005: "(...) después de poner de relieve las dificultades de fijación del concepto, y que, presentado como excepción a la regla de caducidad de las acciones de impugnación, debe ser aprehendido en sentido restrictivo a fin de evitar la destrucción de la regla de la caducidad, sin duda establecida en seguridad del tráfico, centra el concepto, de acuerdo con la doctrina más autorizada, en los 'principios configuradores de la sociedad' a que se refiere el art. 10 del TRLSA o cuando, como en el caso de la STC 43/1986, de 15 de abril, en que el acuerdo lesiona los derechos y libertades del socio"».

En fin y como afirma esa misma resolución, «(...) la eventual caducidad de la acción no convierte en válidos los acuerdos tachados de nulidad, simplemente los hace inatacables en vía de impugnación. La determinación de si concurre o no tacha de nulidad no depende del transcurso del tiempo sino de la debida acomodación a los presupuestos legales y estatutarios. No puede confundirse la limitación temporal

derivada del principio de seguridad jurídica en materia mercantil o las exigencias derivadas de la eficiencia empresarial (vid. Exposición de Motivos de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre), con las consecuencias derivadas de nulidad.

No puede, en consecuencia, sostenerse que el transcurso del tiempo transforma lo nulo en válido ni que lo nulo queda integrado en la realidad jurídica como si la tacha no existiese. Ni siquiera cuando el acto accede al Registro Mercantil ocurre así (vid. artículo 20 del Código de Comercio). Con independencia de las consecuencias que de ello puedan derivarse lo cierto es que el acto nulo continúa siéndolo, lo que impide su acceso al contenido del Registro de conformidad con las reglas que rigen nuestro ordenamiento (artículo 18.2 del propio Código que consagra el principio de legalidad) (...).

Ante la existencia de un acuerdo nulo por incumplimiento de la ley o de los estatutos sociales, el administrador está vinculado por su deber de diligencia: «Los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario» (artículo 225.1 de la Ley de Sociedades de Capital). Consecuentemente, el administrador debe llevar a cabo los actos precisos para que la junta general revoque o, en su caso, sustituya los acuerdos correspondientes para adecuarlos a la legalidad (artículo 204.2 en relación con el artículo 207.2 de la Ley de Sociedades de Capital)».

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

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, de 27 de diciembre, y los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 16 de mayo de 2024.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, María Ester Pérez Jerez.