

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

14080 *Resolución de 9 de julio 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 Burgos, a prorrogar una anotación preventiva de solicitud de publicación de un complemento a la convocatoria de la junta general.*

En el recurso interpuesto por don J. A. G. M. contra la negativa del Registrador Mercantil y de Bienes Muebles de Burgos, don Ramón Vicente Modesto Caballero, a prorrogar una anotación preventiva de solicitud de publicación de un complemento a la convocatoria de la Junta General.

Hechos

I

El día 8 de julio de 2009, don J. A. G. M., en su condición de socio de la compañía mercantil «Inoxguer, S.L.» —titular de participaciones que representan el cinco por ciento del capital social—, solicitó del Registrador Mercantil de Burgos la práctica de anotación preventiva de la publicación de un complemento a la convocatoria de la Junta General Ordinaria de la citada entidad, que debía celebrarse el día 13 de julio de 2009. Dicha anotación preventiva fue practicada en la hoja de la sociedad el día 15 del mismo mes y, seguidamente, fue publicada en el BORME con fecha de 24 de julio de 2009.

El punto que don J. A. G. M. pretendía incorporar al orden del día elaborado por los administradores de la sociedad consistía en la propuesta de aplazar la aprobación de las cuentas sociales del ejercicio de 2008 hasta que esta Dirección General se pronunciase sobre el recurso interpuesto por aquél en relación con el nombramiento por parte del Registrador Mercantil de Burgos de un auditor independiente para auditar las mencionadas cuentas.

El día 13 de julio de 2009, se celebró Junta General Ordinaria de la entidad «Inoxguer, S.L.», en la que se aprobaron las cuentas sociales correspondientes al ejercicio económico de 2008. Tales cuentas fueron presentadas en el Registro Mercantil de Burgos el día 30 de julio de 2009.

El día 20 de agosto de 2009, las cuentas presentadas fueron calificadas como defectuosas por el Registrador Mercantil. El documento fue retirado, presentado nuevamente el día 4 de septiembre de 2009 y, por último, calificado otra vez como defectuoso el día 16 de septiembre de 2009.

II

El día 30 de septiembre de 2009, don J. A. G. M. solicitó del Registrador Mercantil de Burgos la ampliación del plazo de la anotación preventiva practicada el día 15 de julio de 2009. Esta solicitud fue calificada negativamente el día 15 de octubre de 2009. El documento calificado fue retirado por el interesado, quien lo volvió a presentar el día 26 de octubre de 2009 alegando que el defecto señalado en la nota registral de calificación había sido subsanado. Esta segunda solicitud fue, de nuevo, calificada negativamente el día 9 de noviembre de 2009 reiterando todos y cada uno de los criterios expresados en la primera nota. En síntesis, dicha calificación se sustentaba sobre los siguientes argumentos: «...3.—Fundamentos de Derecho: Conforme al artículo 104 del Reglamento del Registro Mercantil, la anotación preventiva de solicitud de un complemento a la convocatoria de una Junta, se cancelará por nota marginal cuando se acredite debidamente la publicación de dicho complemento de convocatoria, o hubieran transcurrido tres meses desde la fecha

de la anotación. 4.–La finalidad de esta anotación preventiva es conseguir la publicación del complemento y en caso de que no se haga, la sanción viene establecida en el art. 97.4 de la L.S.A. “La falta de publicación del complemento de la convocatoria en el plazo legalmente fijado será causa de nulidad de la junta”. 5.–Dada la finalidad de la anotación preventiva, el art. 104 del R.R.M. no prevé la prórroga de la misma, y dado el sistema de numerus clausus que rige en derecho en materia de anotación preventiva, no cabe aplicar una prórroga no especialmente prevista en la Ley (véanse entre otras las Resoluciones de la D.G.R.N. de 4-2-86, 13-6-86 y 5-2-2000). 6.–Dada la finalidad que persigue la anotación preventiva prevista en el art. 104 del R.R.M., no es posible aplicar la regla del art. 86 de la L.H., que como del mismo se desprende, no es aplicable a aquellas anotaciones preventivas que tengan señalado un plazo de duración más breve (como por ejemplo los supuestos de los artículos 87, 92 y 96 de la L.H. o 206.9 del R.H.) porque entonces se produciría el resultado absurdo de aplicar a una anotación preventiva que tiene una duración muy limitada (tres meses conforme al art. 104 del R.M.M.), una prórroga muy superior a la vigencia de la propia anotación. 7.–En definitiva, la anotación preventiva del art. 104 del R.R.M. debe cancelarse, bien porque se acredite debidamente la publicación del complemento a la convocatoria de la Junta, bien por el transcurso de tres meses desde la fecha de la anotación, bien a solicitud de la propia Sociedad por aplicación analógica del artículo 206 del R.H., bien cuando se expida Certificación de los asientos de la Sociedad por aplicación de lo dispuesto en el 353.3 del R.H. 8.–A la vista de los anteriores hechos y fundamentos de derecho, deniego la prórroga de la anotación preventiva solicitada. Defecto insubsanable. En relación con la presente (...) Burgos, a 9 de noviembre de 2009. El Registrador (firma ilegible y sello con el nombre y apellidos del Registrador).»

III

Mediante escrito de 12 de noviembre de 2009, don J. A. G. M. interpuso recurso contra la referida calificación de 9 de noviembre de 2009, invocando en defensa de su pedimento, entre otros preceptos, el artículo 49.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, el artículo 86 de la Ley Hipotecaria, el artículo 97 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y los artículos 39, 61, 62, 74 y 104 del Reglamento del Registro Mercantil.

Sostiene el recurrente que negar la prórroga de la anotación preventiva de publicación de complemento de convocatoria a la Junta General más allá del plazo de caducidad de tres meses contemplado en el artículo 97 de la Ley de Sociedades Anónimas, cuando consta que la Junta ha sido ya celebrada sin haberse realizado tal publicación, deja desprotegidos sus derechos e intereses como socio minoritario de la entidad en cuestión y abre la puerta al futuro acceso al Registro de los acuerdos adoptados en el seno de la Junta celebrada sin previa publicación del complemento solicitado.

IV

Mediante escrito de 18 de noviembre de 2009, el Registrador Mercantil de Burgos emitió informe y elevó el expediente a esta Dirección General.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 45.3 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; 97 y 115 y siguientes de la Ley de Sociedades Anónimas; 86, 326 de la Ley Hipotecaria; 20 del Código de Comercio; 727 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 104 del Reglamento del Registro Mercantil; y las Resoluciones de este Centro Directivo de 5 de febrero de 2000, y 24 de abril y 25 de julio de 2007.

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

A) Un socio cuyas participaciones representan el cinco por ciento del capital de una sociedad de responsabilidad limitada solicitó al Registrador Mercantil la práctica de

anotación preventiva de la publicación de un complemento a la convocatoria de la Junta General de socios de la citada entidad, que debía celebrarse el día 13 de julio de 2009. El punto que el referido socio pretendía incluir en el orden del día consistía en la propuesta de aplazamiento de la aprobación de las cuentas sociales del ejercicio de 2008 hasta que esta Dirección General se pronunciase sobre el recurso interpuesto por aquél en relación con el nombramiento por parte del Registrador Mercantil de un auditor independiente para verificar las mencionadas cuentas.

Dicha anotación preventiva fue practicada en la hoja de la sociedad el día 15 del mismo mes y, seguidamente, fue publicada en el Boletín Oficial del Registro Mercantil el 24 de julio de 2009.

B) Solicitada por el mismo socio la ampliación del plazo de la anotación preventiva practicada, el Registrador Mercantil denegó dicha prórroga con base en los siguientes argumentos: a) Conforme al artículo 104 del Reglamento del Registro Mercantil, la anotación preventiva de solicitud de un complemento a la convocatoria de una Junta se cancelará por nota marginal cuando se acredite debidamente la publicación de dicho complemento de convocatoria, o hubieran transcurrido tres meses desde la fecha de la anotación; b) La finalidad de esta anotación preventiva es conseguir la publicación del complemento a la convocatoria, de modo que la falta de publicación en el plazo legalmente fijado será causa de nulidad de la junta (artículo 97.4 de la Ley de Sociedades Anónimas); c) El sistema de *numerus clausus* que rige en materia de anotaciones preventivas impide la admisión de una prórroga no especialmente prevista en la Ley; y d) La regla del artículo 86 de la Ley Hipotecaria no es aplicable a aquellas anotaciones preventivas que tengan señalado por la ley un plazo de duración más breve.

C) El recurrente alega que negar la prórroga de la anotación preventiva de publicación de complemento a la convocatoria de la Junta General más allá del plazo de caducidad de tres meses, cuando consta que la Junta ha sido ya celebrada sin haberse realizado tal publicación, deja desprotegidos sus derechos e intereses como socio minoritario y abre la puerta al futuro acceso al Registro de los acuerdos adoptados en el seno de la Junta celebrada sin previa publicación del complemento solicitado.

2. Una de las modificaciones introducidas en la Ley de Sociedades Anónimas por la disposición final primera de la Ley 19/2005, de 14 de noviembre, sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España, fue el reconocimiento del derecho de la minoría (socios que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social) a solicitar la inclusión de uno o varios asuntos en el orden del día de una Junta General de accionistas (artículo 97 del texto refundido de la referida Ley de Sociedades Anónimas). De este modo, cumplía el legislador español las exigencias derivadas de los artículos 56 y 68 del Reglamento (CE) n.º 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, reconociendo un derecho ya recogido con anterioridad por las legislaciones de diversos países, como Francia, Alemania, Reino Unido o Portugal.

La referida norma legal articula un mecanismo de tutela de la minoría mediante la limitación de las facultades del órgano de administración, de modo que se impide que en la fijación del orden del día de la Junta General se sustraigan del debate cuestiones que a dicha minoría le interese tratar. Este derecho debe ejercitarse en la forma y plazo previstos en el apartado número 3 del mencionado artículo 97 de la Ley de Sociedades Anónimas; y los administradores están obligados a proceder a la publicación solicitada.

Siguiendo la misma línea, el Real Decreto 659/2007, de 25 de mayo, modificó el artículo 104 del Reglamento del Registro Mercantil para establecer el régimen de la anotación preventiva de la solicitud del socio minoritario sobre publicación de un complemento a la convocatoria de la Junta General. Esta anotación preventiva tiene la finalidad de impedir que se inscriban en el Registro Mercantil los acuerdos sociales mientras no se justifique la publicación del correspondiente complemento a la convocatoria con cumplimiento de todas las exigencias legales.

En todo caso, la Ley de Sociedades Anónimas impone la sanción de nulidad de la junta en el supuesto de que los administradores de la sociedad no lleven a cabo publicación del complemento a la convocatoria en el plazo legalmente fijado (artículo 97.4).

3. Respecto del supuesto del presente recurso debe tenerse en cuenta que no se trata de una sociedad anónima sino de una sociedad de responsabilidad limitada.

El artículo 45.3 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, 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. Pero no se establece ese derecho a solicitar la publicación de un complemento a la convocatoria de la Junta General, ni la sanción de nulidad para el caso de incumplimiento de aquella norma, a diferencia de lo dispuesto para las sociedades anónimas, por lo que no puede aplicarse el mismo régimen. Así lo corroboran: a) El hecho de que no hayan sido modificados los artículos 45 y siguientes de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada; b) La inexistencia de precepto legal alguno que permita hacer extensibles las previsiones de los apartados tercero y cuarto del artículo 97 de Ley de Sociedades Anónimas a un tipo social como el de la sociedad de responsabilidad limitada; y c) La circunstancia de que el artículo 104 del Reglamento del Registro Mercantil —aun ubicado en el capítulo dedicado a la «inscripción de las sociedades en general»— liga estrictamente la anotación preventiva de solicitud de publicación de complemento a la convocatoria de la Junta al derecho que en tal sentido reconoce a los accionistas minoritarios el artículo 97 de Ley de Sociedades Anónimas.

Por tanto, en el caso que ha dado lugar a este recurso no debió siquiera llegar a practicarse la anotación preventiva conforme al artículo 104 del Reglamento del Registro Mercantil cuya prórroga es objeto de debate.

No obstante, habida cuenta de que, una vez practicado el asiento, queda éste bajo la salvaguardia de los Tribunales y producirá sus efectos mientras no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad (cfr. artículo 20 del Código de Comercio), debe determinarse en este expediente si es o no admisible la concreta prórroga que de la anotación preventiva de publicación de complemento a la convocatoria de una Junta General se ha solicitado. Y sobre dicha cuestión no cabe sino rechazar tal prórroga por los siguientes motivos:

a) La propia finalidad de esta anotación preventiva —procedente únicamente respecto de la sociedad anónima, como ha quedado expuesto— consiste en evitar, durante su plazo de vigencia, el acceso al Registro Mercantil de los acuerdos adoptados en el seno de la Junta General celebrada sin que haya tenido lugar la publicación solicitada.

Constatada la falta de voluntad de los administradores de proceder a dicha publicación, la mejor salvaguardia de los derechos de los socios minoritarios no puede confiarse —por la propia naturaleza de este asiento— a la solicitud de un número indefinido de prórrogas de la anotación preventiva inicialmente practicada, sino que debe ligarse a la grave sanción que la ley contempla para un supuesto como el descrito: la nulidad de la Junta, con todos sus efectos anejos, que puede ser instada, entre otros, por el socio o socios minoritarios solicitantes de la publicación del complemento desde la misma fecha de celebración de la Junta, en la forma y plazo previstos en los artículos 115 y siguientes de Ley de Sociedades Anónimas, pudiendo hacerse constar en el Registro tanto la demanda de impugnación como la resolución firme que ordene la suspensión de los acuerdos, a través de la correspondiente anotación preventiva.

b) Es reiterada la doctrina de este Centro Directivo acerca del sistema *numerus clausus* que rige en nuestro Derecho en materia de anotaciones preventivas (véanse, entre otras, las Resoluciones de 5 de febrero de 2000 y 24 de abril y 25 de julio de 2007). En este caso, el artículo 104 del Reglamento del Registro Mercantil establece un plazo de caducidad de tres meses para la anotación preventiva objeto de discusión en el presente recurso y no contempla la posibilidad de prorrogarla.

El mencionado plazo de tres meses fijado por el legislador encuentra su razón de ser en el acomodo a las reglas generales que rigen la inscripción en el Registro Mercantil. Teniendo en cuenta que el artículo 83 del Reglamento de dicho Registro establece el plazo de un mes —desde el otorgamiento del documento— para solicitar la inscripción, que los acuerdos sociales deben ejecutarse una vez aprobada el acta —para lo que se fija un

plazo de quince días— y que dicha ejecución debe hacerse mediante la expedición de la certificación y su elevación a público cuando sea necesario, puede concluirse que el plazo de tres meses señalado por el artículo 104 del Reglamento del Registro Mercantil es suficiente para que, al intentarse el acceso de los acuerdos sociales al Registro, el Registrador aprecie si se ha publicado o no el complemento a la convocatoria solicitado por la minoría, con los graves efectos que su falta produce. Por ello, es razonable que el legislador no entendiese conveniente admitir prórroga alguna para la anotación preventiva de que se trata, puesto que esa prórroga podría perjudicar e incluso llegar a paralizar la vida societaria, impidiendo o retrasando la inscripción de otros acuerdos sociales.

c) Por lo demás, tampoco puede defenderse la prórroga al amparo del artículo 86 de la Ley Hipotecaria, porque este mismo precepto legal excluye de su ámbito de aplicación las anotaciones preventivas que tengan señalado por la ley un plazo de duración específico inferior a cuatro años, exclusión que —atendiendo al propio tenor literal del artículo citado y considerando la antedicha doctrina de este Centro Directivo— debe entenderse referida a las previsiones del precepto relativas tanto a la duración inicial de la anotación preventiva como a la viabilidad y duración de sus ulteriores prórrogas.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso, 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, los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 9 de julio de 2010.—La Directora General de los Registros y del Notariado, María Ángeles Alcalá Díaz.