

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

12865 *Resolución de 4 de julio de 2022, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación de la registradora mercantil y de bienes muebles II de Barcelona, por la que se deniega el depósito de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2020 a causa de no constar en acta notarial la celebración de la junta general de socios en que se acordó su aprobación.*

En el recurso interpuesto por don A. L. G., en nombre y representación y como administrador único de la mercantil «Alfa Gamma, S.A.», contra la nota de calificación emitida por la registradora Mercantil y de Bienes Muebles II de Barcelona, doña María de las Mercedes Barco Vara, por la que se deniega el depósito de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2020 a causa de no constar en acta notarial la celebración de la junta general de socios en que se acordó su aprobación.

Hechos

I

Se solicitó del Registro Mercantil de Barcelona la práctica del depósito de las cuentas correspondientes al ejercicio 2020 de la sociedad «Alfa Gamma, S.A.», con presentación de la documentación correspondiente el día 16 de febrero de 2022.

II

Presentada la referida documentación en el Registro Mercantil de Barcelona, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«N. Entrada: 01/42001180

Documento calificado: relativos a cuentas anuales 2020

Hechos. En fecha 16/02/2022 fueron presentados en este Registro documentos de cuentas anuales relativos a la empresa «Alfa Gamma SA», causando el Asiento de Presentación 1350 del Diario 1186, y el Registrador que suscribe, previo examen y calificación de los documentos, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 18.2 del Código de Comercio, 15.2 y 368 del Reglamento del Registro Mercantil, con la conformidad de los cotitulares, ha acordado denegar el depósito solicitado, en razón de las causas impeditivas y de las motivaciones jurídicas que a continuación se indican.

Fundamentos de Derecho. Son defectos que impiden el depósito de los documentos contables, los siguientes:

– El acuerdo de aprobación de cuentas anuales del ejercicio 2020 de la sociedad Alfa Gamma, S.A. no consta en acta notarial y por tanto, es ineficaz, de conformidad con el artículo 203 de la Ley de Sociedades de Capital. No obsta a la existencia del defecto señalado, el hecho de haber sido cancelada por caducidad la anotación preventiva de solicitud de acta notarial por aplicación del artículo 104 del Reglamento del Registro Mercantil. Dicho artículo es anterior en el tiempo y no está armonizado con la reforma legal efectuada por la Ley de Sociedades de Capital (RDL 1/2010, de 2 de julio) cuyo artículo 203.1 configura el levantamiento de acta notarial a instancia de los socios como requisito imprescindible para la eficacia de los acuerdos de la junta de cualquier sociedad y no solo de las sociedades limitadas. Por ello, en la calificación del acuerdo de aprobación de cuentas del ejercicio 2020 de la sociedad Alfa Gamma, S.A., no puede

ignorarse de ningún modo, la regulación sustantiva del artículo 203 de la Ley de Sociedades de Capital, haciendo triunfar la regulación reglamentaria del artículo 104 del Reglamento del Registro Mercantil, pues de hacerlo, se estaría yendo en contra de la Ley, sino que muy al contrario, y siguiendo la línea marcada por la Resolución de la DGRN de 28 de julio de 2014, se ha de aplicar en todo caso el artículo 203 de la Ley de Sociedades de Capital y habiendo conocido la registradora que la minoría requirió al administrador para que solicitase el levantamiento de acta notarial de la junta de 15 de julio de 2021 que adoptó el acuerdo de aprobación de las cuentas del ejercicio 2020, el no haber cumplido el administrador con su obligación y por tanto no constar documentados en acta notarial los acuerdos de dicha junta ha de conducir necesariamente a la calificación negativa del acuerdo de aprobación de cuentas que se ha presentado para su depósito. Finalmente añadir que la ineficacia es predicable de todo tipo de acuerdos, incluidos los de aprobación de cuentas, según la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de enero de 2017.

El defecto consignado tiene el carácter insubsanable.

Contra la presente calificación (...)

Esta nota de calificación ha sido firmada electrónicamente en Barcelona, el día 3 de Marzo de 2022 por Doña María Mercedes Barco Vara, Registrador Mercantil número 2 de Barcelona».

III

Contra la anterior nota de calificación, don A. L. G., en nombre y representación y como administrador único de «Alfa Gamma, S.A.», interpuso recurso el día 4 de abril de 2022 mediante escrito en los siguientes términos:

«I. Que en fecha 4 de marzo de 2022 se ha notificado la calificación negativa del titular de este Registro, en relación depósito de las cuentas anuales de la sociedad Alfa Gamma, S.A. del ejercicio 2020 (...)

II. Que, frente a la referida calificación negativa, el compareciente, en la representación que ostenta, al amparo de lo dispuesto en los arts. 324, ss. y concordantes de la Ley Hipotecaria y demás disposiciones que se citarán, interpone recurso gubernativo ante la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, sirviendo de base del recurso los siguientes

Motivos

Primero. La Sra. Registradora Mercantil ha acordado suspender el depósito de los documentos contables referidos (cuentas anuales del ejercicio 2020), por los siguientes motivos:

“El acuerdo de aprobación de cuentas anuales del ejercicio 2020 de la sociedad Alfa Gamma, S.A. no consta en acta notarial y por tanto es ineficaz, de conformidad con el artículo 203 de la Ley de Sociedades de Capital. No obsta a la existencia del defecto señalado, el hecho de haber sido cancelada por caducidad la anotación preventiva de la solicitud del acta notarial por aplicación del artículo 104 del Reglamento del Registro Mercantil”.

“...se ha de aplicar en todo caso el artículo 203 de la Ley de Sociedades de Capital y habiendo conocido la registradora que la minoría requirió al administrador para que solicitase el levantamiento de acta notarial de la junta de 15 de julio de 2021 que adoptó el acuerdo de aprobación de la cuenta del ejercicio 2020, al no haber cumplido el administrador con su obligación y por tanto no constar documentados en acta notarial los acuerdos de dicha junta ha de conducir necesariamente a la calificación negativa del acuerdo de aprobación de cuentas que se ha presentado para su depósito”.

Como se observa, la denegación del depósito de cuentas se funda en que, al establecer el art. 203.1 de la Ley de Sociedades de Capital como condición de eficacia

de los acuerdos que consten en acta notarial, si ha sido solicitado por los socios, y al tener constancia la Sra. registradora de que se habría realizado la solicitud por los socios, no cabe aceptar el depósito por no constar el acuerdo de aprobación de cuentas en acta notarial.

Discrepamos de la decisión de la Sra. registradora, con los debidos, respeto, por dos motivos fundamentales: (1) no se produjo el requerimiento de asistencia de notario a la junta en tiempo y forma; y, (2) en todo caso, existe controversia entre socios y administrador sobre la validez de tal requerimiento, por lo que el registrador no puede entrar a resolver y/o decantarse por uno de los socios,

Segundo. Como decimos, en primer lugar, no cabe denegar el depósito de cuentas porque no se produjo un requerimiento válido y eficaz por parte del socio que obligara al administrador de la sociedad a requerir la presencia de notario, de modo que los acuerdos adoptados son válidos y su eficacia no estaba condicionada a la presencia de notario.

Como se refiere en la Calificación aquí recurrida, se practicó en su momento anotación preventiva (ya cancelada) de solicitud de acta notarial en virtud del Acta autorizada el 2 de julio de 2021 por el Notario Sr. Santiago M Giménez Arbona (número 1281 de protocolo) (...)

En este Acta, la Sra. R. M. A. S., como accionista de Alfa Gamma, S.A., interesaba que, en relación a la Junta General Ordinaria a celebrar el 15 de julio de 2021, se requiriera la presencia de notario y, además, pretendía la publicación de complemento de convocatoria para la inclusión de determinados puntos en el orden del día de la junta. Tanto la solicitud de presencia de notario como la solicitud de complemento de convocatoria no fueron comunicados a Alfa Gamma, S A y no se cumplieron con los debidos los requisitos legales. Nos centramos en este escrito en el requerimiento de presencia de notario, al ser este el motivo que ha determinado la calificación negativa.

La convocatoria de la Junta General Ordinaria se llevó a cabo el 14 de junio de 2021, vía burofax, y fue recibida por la accionista Sra. A. S., el 15 de junio de 2021 (...).

La Sra. A. S., según la referida Acta notarial, decía haber remitido el día 18 de junio de 2021, un correo electrónico certificado a la dirección de correo (...) en que, entre otras cosas, solicitaba la presencia de notario en la Junta. Esta presunta remisión de correo electrónico no cumple los requisitos legales para tener por realizada el requerimiento de presencia de notario del art. 203 LSC:

– En primer lugar, al tratarse de un correo electrónico no estamos en modo alguno ante una notificación fehaciente y, obviamente, por las características propias de este tipo de envío, no se trata de una comunicación que se recibiera o pudiera recibir en el domicilio social de la sociedad (un correo electrónico, por definición, no se recibe en el domicilio social, es decir, en la sede física de la sociedad, sino en una dirección electrónica).

– En segundo lugar, si admitiéramos que la solicitud puede realizarse vía correo electrónico, sería imprescindible que la misma se tramitara en la dirección de correo electrónico de que sea titularidad la sociedad. Dicho conreo nunca fue recibido por Alfa Gamma, S.A. ni por su administrador único, pues se remitió a una dirección de correo electrónico que no es la propia de Alfa Gamma, S.A. y que tampoco utiliza su administrador.

– Y en tercer lugar, no consta, según el certificado relativo a dicho correo electrónico, que el mismo fuera recepcionado sino que únicamente es un certificado de envío, por lo que en todo caso deberla acreditarse que tal correo electrónico se ha enviado a la dirección de e-mail de la sociedad y que además se ha recibido por parte de ésta, lo que no sucede en este caso.

– En definitiva, el correo electrónico adjunto al acta no fue remitido a Alfa Gamma, S.A., que no tuvo conocimiento del mismo, por lo que no puede tener eficacia.

En cuanto al intento de notificación notarial que se contiene en la propia acta de 2 de julio de 2021 no llegó a materializarse, sin que se efectuara la notificación a la sociedad.

Las manifestaciones que realiza el notario al respecto demuestran la falta de notificación, y sobre las mismas tenemos que decir lo que sigue:

– En primer término, el notario dice que intentó realizar la notificación a través del conserje de la finca, quien no aceptó la misma manifestando que tenía órdenes expresas de no recoger ninguna carta, lo cual es cierto, y dichas órdenes provienen de la comunidad de propietarios del edificio en que se ubica el domicilio social de Alfa Gamma, S.A., no es una decisión de la empresa.

– Dada la hora en que el notario se personó en el edificio (pasadas las 13:30h), el administrador de Alfa Gamma, S.A., Sr. A. L. G., no se hallaba presente en el domicilio social, debiendo señalar que esta sociedad carece en la actualidad de personal, por lo que no habla nadie en el inmueble que estuviera autorizado para recoger la notificación. Es por ello, que los intentos del notario tuvieron resultado negativo.

– Finalmente, las manifestaciones que relata el notario en cuanto al encuentro con el Sr. M. C. M., además de que están absolutamente tergiversadas, exageradas y se apartan de la realidad de lo que sucedió, no acreditan que se realizara una notificación efectiva a la sociedad, sin que se pudiera entender que el Sr. M. C. estaba facultado o autorizado para recibir la notificación, pues no tiene relación alguna con Alfa Gamma, SA, por lo que su negativa a aceptar o darse por notificado del contenido del acta notarial estaba perfectamente justificada.

En conclusión, la sociedad Alfa Gamma, S.A. no llegó a tener efectivo conocimiento de la voluntad de la socia Sra. A. S. de que se requiriera la presencia de notario en la Junta General a celebrar el 15 de julio, por lo que dicha Junta y los acuerdos adoptados en la misma son plenamente válidos y no cabe dudar de su eficacia: la Junta se celebró sin la presencia de notario, pues Alfa Gamma S.A. no fue requerida al efecto, lo que determina, en suma, que no procede denegar el depósito de cuentas anuales, debiéndose revocar la calificación negativa.

Cuarto. Como segundo motivo de este recurso, entendemos, con los debidos respetos, que la Sra. registradora se está extralimitando en sus funciones, ya que, al haber, como mínimo, controversia sobre si se llegó a realizar el requerimiento de presencia notarial, la registradora no puede aceptar sin más que el requerimiento fuera válido.

Entendemos que la decisión de la Sra. Registradora determina privar de eficacia a los acuerdos adoptados en la Junta General, sustituyendo así la función de los Tribunales de justicia. La socia que pretendió la presencia de notario en la Junta puede perfectamente presentar demanda judicial de impugnación de los acuerdos sociales si considera que la solicitud que realizó cumplió con los requisitos legales y que por ello los acuerdos de la junta no deben ser eficaces. Pero, existiendo controversia entre los socios y la sociedad en este punto, no debe ser el registrador mercantil quien resuelva tal controversia privando de eficacia a la junta.

La función calificadora del registrador es un control de legalidad o formal, tal como disponen los arts. 18.2 del Código de Comercio, el artículo 42 del Reglamento del Registro Mercantil o el art. 407.2 del citado texto normativo, debiendo abstenerse en aquellos casos que impliquen que puedan un enjuiciamiento, pues ello entra dentro de la competencia de los juzgados y tribunales.

Estos argumentos casan, además, con el propio contenido del art. 104 del Reglamento del Registro Mercantil, que establece que se puede practicar la anotación preventiva de la solicitud de acta notarial de la Junta, anotación que se cancela cuando hayan transcurrido tres meses. Si, transcurrido este plazo, se sigue impidiendo la inscripción de los acuerdos adoptados por la Junta, se está dotando en realidad a la anotación preventiva una eficacia indefinida en el tiempo.

Es muy ilustrativa, en este sentido la Resolución de la DGRN de 9 de julio de 2010:

“La propia finalidad da 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 da 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.”

Es decir, que, en casos como el presente, en que existe una evidente controversia sobre si el requerimiento de levantamiento de acta notarial llegó a materializarse, el registrador, una vez cancelada por caducidad la anotación preventiva, no debe pronunciarse sobre la eficacia de los acuerdos adoptados en la Junta, teniendo el socio discrepante la opción de plantear demanda judicial de impugnación de los acuerdos.

Es cierto que la Sra. registradora ha tenido conocimiento de “que la minoría requirió al administrador para que solicitase el levantamiento de acta notarial de la junta de 15 de julio de 2021”, pero también sabe que el Administrador de la sociedad ha alegado que dicho requerimiento nunca le fue comunicado. Si el registrador deniega el depósito de las cuentas anuales o la inscripción de los acuerdos, se está posicionando en favor del socio minoritario, aceptando su versión frente a la del Administrador y la sociedad, cuestión sobre la que, insistimos, solo pueden pronunciarse los Tribunales.

A los motivos anteriores son de aplicación los siguientes:

Fundamentos de Derecho

I. Permite el recurso gubernativo el art 324 de la Ley Hipotecaria, que establece que las calificaciones negativas del Registrador podrán recurrirse potestativamente ante la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en la forma y según los trámites que prevén los artículos siguientes.

II. Legitimación

Concurre legitimación en el compareciente, en su condición de sociedad afectada por la calificación negativa, al amparo de lo dispuesto en el art 325, apartado a), de la Ley Hipotecaria.

III. Requisitos

El presente recurso se ha interpuesto dentro del plazo de un mes a contar desde la fecha de notificación de la calificación, y contempla los requisitos que a tal fin exige el art. 326 de la Ley Hipotecaria (...)

En su virtud, al Registro Mercantil para ante la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública domicilio solicito:

Que, habiendo por presentado este escrito, con los documentos que se acompañan, se sirva admitir todo ello, teniendo por interpuesto recurso gubernativo frente a la calificación negativa del Sr. Registrador Mercantil de Barcelona, en relación al depósito de las cuentas anuales del ejercicio 2020, darle la tramitación correspondiente, remitiéndolo, en su caso, a la Dirección General de Registros y del Notariado y, a su tiempo y por el referido Organismo, se dicte resolución estimando el recurso y revocando la calificación registral negativa, llevando a cabo los trámites de depósito de los documentos, en los términos interesados en el mismo».

IV

Doña María de las Mercedes Barco Vara, registradora Mercantil de Barcelona, emitió el preceptivo informe el día 6 de abril de 2022 y elevó el expediente a esta Dirección General.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 114 del derogado Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas; 55 de la derogada Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada; 203 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; 104 y 194 del Reglamento del Registro Mercantil; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de junio de 2013 y 28 de julio de 2014, y la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 8 de febrero de 2022, entre otras.

1. La adecuada comprensión del tema planteado en este expediente requiere remontarse a los antecedentes legislativos sobre la materia regulada, con la que guardaban adecuada congruencia las previsiones contenidas en el Reglamento del Reglamento Mercantil.

En el artículo 114 del derogado texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, la solicitud de acta notarial por la minoría no producía un efecto directo sobre los acuerdos adoptados por la posterior junta general celebrada sin cumplimentar el requerimiento. Para dotar de una mayor eficacia intimidatoria a la petición, en el artículo 104 del Reglamento del Registro Mercantil se previó la extensión de una anotación preventiva de acta notarial, a instancia de cualquier interesado, con efectos de cierre temporal del Registro durante un período de tres meses o hasta que se acreditara la intervención de un notario en la junta.

En la también derogada Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, se arbitró en el artículo 55 la fórmula de condicionar la eficacia de los acuerdos adoptados en la subsiguiente junta a su constancia en acta notarial. En armonía con ello, el artículo 194 del Reglamento del Registro Mercantil estableció para las sociedades de responsabilidad limitada el reflejo tabular de la solicitud de acta notarial por la minoría mediante nota marginal cuando en el orden del día figurara la aprobación de cuentas anuales o algún acuerdo susceptible de inscripción.

Posteriormente, la Ley de Sociedades de Capital, actualmente vigente, dedica a este tema su artículo 203 con un enfoque concordante con el ideado precedentemente para las sociedades de responsabilidad limitada, sometiendo la eficacia de los acuerdos de la junta general posterior a la solicitud de la minoría a la constancia de su celebración en acta notarial.

2. En consecuencia, en el régimen actual de las sociedades anónimas, la anotación preventiva regulada en el artículo 104 del Reglamento del Registro Mercantil pierde el carácter de instrumento imprescindible para que, a través del cierre temporal del Registro, la solicitud de acta notarial tenga efecto sobre los acuerdos adoptados sin respetarla, pues el artículo 203 de la Ley de Sociedades de Capital los convierte directamente en ineficaces. No obstante, como ya advirtiera la Resolución de este Centro Directivos de 28 de junio de 2013, una vez practicada la anotación preventiva, «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». En el mismo sentido se han pronunciado las Resoluciones de 28 de julio de 2014 y 8 de febrero de 2022.

En virtud de lo expuesto, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación recurrida.

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, 4 de julio de 2022.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.