

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

3531 *Resolución de 13 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador mercantil IX de Madrid, por la que se rechaza la inscripción de acuerdos de una sociedad anónima.*

En el recurso interpuesto por don A. A. G. N. A. P., procurador de los tribunales, en nombre y representación de la compañía «Ribersi, S.A.», contra la nota de calificación extendida por el registrador Mercantil IX de Madrid, don Alberto Yusta Benach, por la que se rechaza la inscripción de acuerdos de una sociedad anónima de designación de cargos.

Hechos

I

En fecha 3 de septiembre de 2018 se presentó en el Registro Mercantil de Madrid certificación, de fecha 23 de agosto de 2018, expedida por don F. C. G. H., actuando como secretario del consejo de administración de la sociedad «Ribersi, S.A.». De la certificación resultaba que la junta general de la sociedad, celebrada el día 23 de agosto de 2018 previa su convocatoria por acuerdo del registrador Mercantil de Madrid, adoptó por mayoría el acuerdo de designar por el plazo de cinco años como consejeros a tres personas cuyas circunstancias se especificaban. Consta que, reunido el consejo de administración, se adoptó por unanimidad la distribución de cargos. Las firmas de la certificación constaban legitimadas por testimonio de la notaria de Zamora, doña Rocío Hidalgo Hernando.

II

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

«Notificación de calificación»

Alberto Yusta Benach, registrador mercantil de Madrid, previo el consiguiente examen y calificación, de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, habiéndose dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15.2 de dicho Reglamento, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho.

Hechos

Diario /Asiento: 2872/155.
F. presentación: 03/09/2018.
Entrada: 1/2018/124.407,0.
Sociedad: Ribersi SA.
Autorizante: secretario del consejo.
Protocolo: de 23/08/2018.

Fundamentos de Derecho (defectos)

1. Falta indicar la mayoría por la que se adoptaron los acuerdos, conforme a los artículos 97.1-7 y 112.3 del Reglamento del Registro Mercantil. En tal sentido, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de junio de 2013, entre otras. Es defecto subsanable.

2. No consta el cumplimiento de lo dispuesto en el Artículo 111 del Reglamento del Registro Mercantil. Es defecto subsanable

3. Se subsanarían los defectos aportando copia auténtica del acta notarial de la junta. Una vez subsanados, no se tendrá en cuenta el error material cometido, al citar la fecha de publicación de los anuncios de convocatoria de la Junta, -16 de julio de 2.019-, que además se acompañan

Sin perjuicio de proceder a la subsanación de los defectos anteriores y a obtener la inscripción del documento, en relación con la presente calificación: (...).

Madrid, a 12 de septiembre de 2018 El registrador (firma ilegible).»

El día 21 de septiembre de 2018 se devolvió el documento calificado negativamente en unión del acta autorizada el día 9 de agosto de 2018 por el notario de Madrid, don Íñigo Casla Uriarte. Comparecía en el acta quien afirmaba ser socio fundador de la compañía y presidente con cargo caducado al efecto de dar cumplimiento a la resolución del Registro Mercantil de Madrid por la que se accedía a la solicitud de convocar la junta general de la sociedad con fundamento en el artículo 171 de la Ley de Sociedades de Capital.

De la diligencia notarial de presencia del día 23 de agosto inmediato posterior, resultaba que comparecían los dos socios, don F. R. P. y doña F. B. M., cónyuges entre sí, que se postulaban cada uno como presidente de la junta discrepando de la titularidad de acciones que cada uno ostenta, que la socia afirmaba que la totalidad de las acciones formaban parte de la sociedad de gananciales disuelta y no liquidada, aportando sentencia judicial al respecto. El socio afirmaba que el ostentaba un mayor número de acciones en virtud de contrato privado de donación, que igualmente aportaba, junto a otros documentos, así como del Libro Registro de socios. La socia, doña F. B. M., manifestaba no estar de acuerdo con el contenido de dicha documentación ni con que el otro socio, don F. R. P., ostentase la condición de presidente de la junta. El socio, don F. R. P., aprobaba la constitución de la mesa y su cargo de presidente por ostentar, según él, un mayor número de acciones.

Sometido a votación el único punto del orden del día relativo a la designación de cargos, votaron a favor de la designación de tres personas como consejeros el socio don F. R. P., y se opuso la socia, doña F. B. M., en coherencia con lo manifestado anteriormente. Se dio por concluida la junta. El notario hizo constar, ya en su despacho, que de la copia recibida de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 76 de Madrid, relativa a la formación de inventario de la disuelta sociedad de gananciales, resultaba que el 100% del capital de la sociedad tenía carácter ganancial. A la vista de lo anterior, y de los pronunciamientos de la jurisprudencia sobre la sociedad de gananciales disuelta pero no liquidada, y dado que no había existido conformidad entre los asistentes a la junta ni respecto del nombramiento de presidente y secretario de la junta, ni sobre la adopción del acuerdo, y dado que no existía individualización de los derechos de voto al no estar liquidada la sociedad de gananciales, el notario afirmaba que, sin perjuicio de la constatación de los hechos que resultaban de su diligencia, no había existido acuerdo social con los requisitos precisos para la inscripción en el Registro Mercantil.

De la resolución de convocatoria del registrador Mercantil, resultaba que, de conformidad con la previsión de los estatutos, «(...) serán presidente y secretario de la junta, en defecto de cargos del consejo de administración, los accionistas que elijan los asistentes a la reunión».

Presentada la anterior documentación en el Registro Mercantil de Madrid, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Notificación de calificación

Alberto Yusta Benach, registrador mercantil de Madrid, previo el consiguiente examen y calificación, de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, habiéndose dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15.2 de dicho Reglamento, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho.

Hechos

Diario /Asiento: 2872/155.
F. presentación: 03/09/2018.
Entrada: 1/2018/133.330,0.
Sociedad: Ribersi SA.
Autorizante: secretario del consejo.
Protocolo:

En unión de:

01. Certificación expedida el día 24 de agosto de 2018 por secretario del consejo legitimada notarialmente de 23/08/2018.

Fundamentos de Derecho (defectos)

1. Aportado nuevamente el presente documento, junto con copia auténtica del Acta notarial de la junta, referida en el mismo, se deniega su inscripción, ya que según dicha Acta no se adoptó ningún acuerdo. Artículo 203 LSC. Es defecto insubsanable.

Sin perjuicio de proceder a la subsanación de los defectos anteriores y a obtener la inscripción del documento, en relación con la presente calificación: (...)

Madrid, a 11 de octubre de 2018 El registrador (firma ilegible).»

III

Contra la anterior nota de calificación, don A. A. G. N. A. P., procurador de los tribunales, en nombre y representación de la compañía «Ribersi, S.A.», interpuso recurso el día 19 de noviembre de 2018 en virtud de escrito en el que alegaba, resumidamente, lo siguiente:

Primero.

Que la actuación notarial se llevó a cabo sin interrupción alguna a lo que estaba obligado si entendía que existía irregularidad; Que, con posterioridad, y tras afirmar la veracidad de la narración de hechos, concluye que carecen de trascendencia jurídica; Que el notario infringe la disposición del artículo 102 del Reglamento del Registro Mercantil, que prohíbe al notario calificar la legalidad de los hechos consignados en el instrumento, y Que, de los hechos, resulta que la junta se constituyó, que se eligió presidente, que se formó la lista de asistentes, que la socia manifestó tacha sobre todo ello y que se adoptó un acuerdo.

Segundo.

Que la actuación del notario y del registrador infringen la competencia exclusiva de jueces y tribunales para la declaración de nulidad o invalidez de los acuerdos de las

sociedades conforme al artículo 22 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Tercero.

Que, además, infringe la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, con cita de la Resolución de 5 de agosto de 2013, y Que, si existe un problema entre los socios, son los socios quienes tienen que accionar ante la jurisdicción civil y, a su instancia, ser decidido por los tribunales de Justicia.

IV

El registrador emitió informe el día 30 de noviembre de 2018, ratificándose en su calificación, y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 91, 93, 102, 104, 105, 106, 112, 159, 179, 188, 191, 192, 198, 199 y 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; 97, 98 y 102 del Reglamento del Registro Mercantil, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y Notariado de 25 de junio de 1990, 9 de enero de 1991, 28 de diciembre de 1992, 9 de enero, 13 de febrero y 25 de julio de 1998, 29 de octubre de 1999, 28 de abril de 2000, 31 de marzo de 2003, 26 de febrero de 2004, 11 de octubre de 2005, 26 de noviembre de 2007, 29 de noviembre de 2012, 5 de agosto de 2013, 4 de marzo de 2014, 13 de junio y 24 de octubre de 2016, 3 de abril y 19 de julio de 2017 y 5 de febrero de 2018.

1. Se presenta en el Registro Mercantil certificación de acuerdos de la junta general de una sociedad anónima y de su consejo de administración emitida por quien ha sido designado primero administrador en junta general y luego secretario del consejo celebrada aquella previa su convocatoria por resolución del registrador Mercantil con el único punto en el orden del día de designar administradores al amparo de la previsión del artículo 171 de la Ley de Sociedades de Capital.

Calificada negativamente se devuelve al Registro en unión del acta notarial cuya diligencia de presencia tiene el contenido que resulta de los hechos expuestos anteriormente y en virtud de la que el notario afirma que de los hechos no resulta la adopción de acuerdo con los requisitos precisos para su inscripción.

Calificado de nuevo negativamente, es contra esta calificación que se presenta el recurso en los términos que se han hecho constar.

2. El recurso no puede prosperar. Esta Dirección General ha tenido ocasión de recordar cómo se lleva a cabo en las sociedades de capital la formación de la voluntad social (vid. Resoluciones de 5 de agosto de 2013 y 24 de octubre de 2016 que, referidas a una sociedad de responsabilidad limitada, expresan una doctrina aplicable ahora a las anónimas). De acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, la formación de la voluntad social de las sociedades de capital se lleva a cabo mediante la adopción de acuerdos en junta general (artículo 159 de la Ley de Sociedades de Capital), acuerdos que se adoptan con las mayorías establecidas mediante la emisión del voto por cada socio (artículos 198 y siguientes y 201). Todos los socios tienen derecho a asistir a las juntas (artículo 179) y, salvo excepciones, a emitir un voto por cada participación o acción de que sean titulares (artículo 188). Es por tanto la titularidad la que determina, en principio, la legitimación para asistir a la junta y emitir el voto (artículos 91 y 93), por lo que debe ser acreditada frente a la sociedad por quien reclame el ejercicio de los derechos inherentes a la misma. Al efecto, el órgano de administración tiene encomendada la llevanza del libro registro de socios (artículo 105.1) en el que han de constar las sucesivas titularidades de las participaciones (artículo 104.1) con la finalidad de

reconocer como socios a los que en él constan como tales (artículo 104.2). En las sociedades anónimas se está a sus propias normas reguladoras en el supuesto de acciones nominativas (artículo 116), o representadas por anotaciones en cuenta (artículo 118.3).

Por otra parte, se atribuye a la mesa de la junta la formación de la lista de asistentes (artículos 191, 192 y 193), para lo que debe emitir una opinión cuando existan reclamaciones de titularidad que no resulten de sus registros y que pueden ser tanto estimatorias como desestimatorias (como ocurre a la hora de apreciar la existencia de representación de socios u otras circunstancias similares). Esta Dirección General tiene declarado en una dilatadísima doctrina (vid., por todas, la Resolución de 29 de noviembre de 2012) que corresponde al presidente realizar la declaración sobre la válida constitución de la junta, lo que implica que previamente ha adoptado una decisión cuando existe reclamación de reconocimiento de la condición de socio, declaración frente a la que pueden hacerse reservas o protestas (artículo 102.1.3.^a del Reglamento del Registro Mercantil). Asimismo, compete al presidente la declaración sobre los resultados de las votaciones, frente a la que también pueden hacerse manifestaciones cuya constancia en acta se puede solicitar (artículo 102.1.4.^a del citado Reglamento).

No obstante, según reiterada doctrina de este Centro Directivo, debe reconocerse que aun cuando en principio el presidente de la junta es la persona llamada a declarar válidamente constituida la misma, determinando qué socios asisten a ella presentes o representados y cuál es su participación en el capital social, así como proclamar el resultado de las votaciones de suerte que las manifestaciones u observaciones de los asistentes recogidas en la propia acta no pueden tener a efectos registrales el mismo valor que aquéllas, ello no significa que tales declaraciones del presidente deban, por la sola calidad de quien las formula, vincular al registrador de modo absoluto, al punto de que éste deba desconocer la realidad de lo acontecido en el seno de la junta cuando se halle amparado por la fe notarial, ignorando totalmente las afirmaciones contrarias de los socios consignadas en el acta y de especial relevancia para calificar la validez de los acuerdos (cfr. Resoluciones de 9 de enero de 1991, 13 de febrero de 1998, 31 de marzo de 2003 y 5 de agosto de 2013). De esta doctrina resulta claramente que el registrador no queda vinculado siempre y en todo caso por la actuación del presidente cuando la declaración de éste resulta contradicha por la documentación aportada y los asientos del Registro Mercantil en términos tales que aquella no puede mantenerse.

Para que así sea es preciso que de los hechos resulte una situación de conflicto tal que resulte patente la falta de legalidad y acierto de la declaración de la mesa. Así ocurre cuando existen juntas contradictorias (Resolución de 20 de diciembre de 2012), o cuando existen dos listas de asistentes diferentes (Resolución de 29 de octubre de 1999) o dos libros registros diferentes (Resolución de 13 de febrero de 1998), o cuando del acta notarial de junta general resulta patentemente la arbitrariedad en la privación del derecho de voto (Resolución de 24 de octubre de 2016), circunstancias todas ellas que impiden tener por debidamente realizada la declaración de válida constitución de la junta.

3. Así ocurre en el supuesto de hecho que da lugar a la presente. Sin necesidad de entrar a valorar la declaración del notario autorizante del acta de presencia sobre la existencia o no de acuerdos, esta Dirección General, a la luz de los hechos que de la misma resultan entiende que no ha existido constitución de mesa ni válida constitución de la junta general como presupuesto básico para la válida adopción de acuerdos.

Como resulta de los hechos que se han referido por extenso, del acta notarial resulta que la convocatoria de la junta ha sido llevada a cabo por el registrador Mercantil, que a la misma acuden sus dos únicos socios, cónyuges entre sí, que desde el primer instante disienten sobre el número de acciones que cada uno ostenta, que la socia no reconoce la mayoría que el socio afirma ostentar, que tampoco reconoce la constitución de la mesa ni la mayoría de votación. La afirmación de la socia no se hace en vacío pues aporta al notario autorizante resolución judicial de la que resulta el carácter ganancial de la totalidad de las acciones de la sociedad en procedimiento de inventario de la sociedad de gananciales. Es cierto que el socio aporta, para justificar su mayoría, un documento

privado de donación de acciones pero ante la negativa de reconocimiento por la otra parte interesada, es evidente que no puede tener la prevalencia que el socio pretende habida cuenta de que consta acreditada la existencia de un procedimiento judicial en el que se está discutiendo la titularidad de la totalidad de las acciones de la sociedad.

4. El recurrente considera que la situación narrada en el acta notarial no presenta singularidad alguna por cuanto en la misma se recogen las manifestaciones de la socia disidente cuyo derecho de impugnación no se discute.

Ciertamente, esta Dirección General tiene declarado que la mera oposición de uno o varios socios a las decisiones de la mesa no desvirtúa la declaración de válida constitución realizada por la mesa de la junta sin perjuicio de que aquél que se sienta perjudicado acuda al ejercicio de las acciones previstas en el ordenamiento. Lo contrario significaría desvirtuar un procedimiento, como el del Registro Mercantil, que está basado en gran medida en las declaraciones de voluntad y de verdad emitidas por las personas a quienes el ordenamiento les atribuye, bajo su responsabilidad, esta obligación.

Ahora bien esta doctrina se fundamenta en que la persona que realiza tales declaraciones actúe en ejercicio de un cargo cuya regularidad resulte indiscutida. Si, como en el caso presente, resulta de los hechos que no ha existido acuerdo sobre la designación de presidente de la junta general por no existir acuerdo sobre el ejercicio de los derechos de voto asociados a la titularidad de las acciones de la sociedad, resulta con claridad que no ha existido regularidad en la designación, como resulta con claridad la patente situación de conflicto de intereses en que se encuentra quien se elige a sí mismo, al valorar la legitimación para emitir el voto.

Si como exige el artículo 191 de la Ley de Sociedades de Capital: «Salvo disposición contraria de los estatutos, el presidente y el secretario de la junta general serán los del consejo de administración y, en su defecto, los designados por los socios concurrentes al comienzo de la reunión», la determinación de los cargos de presidente y secretario requiere una votación de los socios y cuando esta deviene imposible, en virtud de la documentación que acredita la situación de conflicto sobre la titularidad y ejercicio de los derechos de voto inherentes, es evidente que la junta general no puede constituirse ni, en consecuencia, adoptar acuerdos. Nos encontramos así en una situación semejante a la que dieron lugar a las decisiones de esta Dirección General por existencia de dos listas de asistentes diferentes (Resolución de 29 de octubre de 1999) o por existencia de dos libros registros diferentes (Resolución de 13 de febrero de 1998); la total indeterminación, debidamente acreditada en el supuesto de hecho, sobre quien ostenta la condición de socio así como sobre el ejercicio del derecho de voto impide la estimación del recurso.

Como ha reiterado este Centro Directivo (vid. «Vistos»), es ajeno al procedimiento registral la resolución de contiendas entre las partes cuyo conocimiento está atribuido a los tribunales de Justicia. En consecuencia, la existencia de una contienda judicial acreditada debidamente en los hechos sobre la condición de socio que afecta a la totalidad de quienes integran el capital social, impide la inscripción de unos acuerdos adoptados en una junta general en la que concurren condiciones tales que cuestionan el mero hecho de la celebración de la Junta o de su celebración en los términos previstos por el ordenamiento y sin perjuicio de que quien se sienta perjudicado ejercite las acciones pertinentes que el ordenamiento pone a su disposición en defensa de su posición jurídica.

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

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, 13 de febrero de 2019.–El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.