

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

15190 *Resolución de 8 de junio de 2023, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación emitida por el registrador mercantil y de bienes muebles I de Málaga, fundada en la calificación conjunta de una escritura y de una solicitud de convocatoria de junta general presentada por quien alega la condición de heredero de administradora y socia fallecida.*

En el recurso interpuesto por don B. F., en nombre y representación y en su condición administrador único de la mercantil «Da Bruno a San Pedro, SL», cuyo nombramiento consta formalizado en la escritura pública cuestionada, contra la nota de calificación emitida por el registrador Mercantil y de Bienes Muebles I de Málaga, don Francisco Javier Brea Serra, fundada, según consta en la propia comunicación, en la calificación conjunta de la referida escritura y de una solicitud de convocatoria de junta general presentada por quien alega la condición de heredero de la administradora y socia fallecida.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 5 de enero de 2023 por el notario de Marbella, don Eduardo Hernández Compta, con el número 31 de protocolo, se procedió a solemnizar los cambios atinentes al órgano de administración de la compañía «Da Bruno a San Pedro, SL»; en concreto, el nombramiento de un nuevo administrador único, tras el fallecimiento de la anterior titular del cargo, y la designación de una administradora suplente. Consta en la certificación protocolizada que los acuerdos sociales correspondientes fueron adoptados por unanimidad en junta universal celebrada el día 31 de diciembre de 2022.

II

Presentada el día 16 de enero de 2023 la referida escritura en el Registro Mercantil de Málaga, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Don Javier Brea Serra Registrador Mercantil de Málaga, 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 la inscripción solicitada conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho:

Hechos:

Diario/Asiento: 467/692.

F. presentación: 16/01/2023.

Entrada: 1/2023/1.007,0.

Sociedad: Da Bruno a San Pedro SL.

Hoja: MA-61509.

Autorizante: Hernández Compta, Eduardo.

Protocolo: 2023/21 de 05/01/2023.

1. Calificada conjuntamente esta escritura de cese y nombramiento de Administrador, junto con Solicitud de Convocatoria presentada por el socio de la entidad don G. P.. Con

carácter previo ha de hacerse constar que no tiene presentadas las cuentas anuales de los ejercicios de 2017 a 2021, por lo que en virtud de lo dispuesto en el art. 358 del Reglamento del Registro Mercantil, no se podría practicar la inscripción. El día 16 de enero de 2023, a las 13:04 horas, se presentó bajo el asiento 692 del diario 467, escritura otorgada en San Pedro de Alcántara, Marbella, el día 5 de enero de 2023, ante su Notario don Eduardo Hernández Compta, número 31 de su protocolo, por lo que se eleva a público certificación del acta de la Junta General Universal, de 31 de diciembre de 2023 [sic], en la que se adoptaron, por unanimidad, los siguientes acuerdos: 1. Cesar por fallecimiento con fecha 31 de julio de 2021 a la Administradora única doña G. D. F.. 2. Nombramiento de don B. F. como Administrador. 3. Nombramiento de doña M. F., como Administradora Suplente. El mismo día a las 15:45 horas se presentó instancia suscita por don G. P., cuya firma consta legitimada notarialmente por el notario don Luis Plá Rubio el mismo día 16 de enero de 2023, por la que se solicita Convocatoria de Junta, alegando ser titular del 50 % de las participaciones de esta Sociedad. Dicho señor manifiesta que adquirió las mismas en virtud de escritura de aceptación y de adjudicación de herencia otorgada el 2 de diciembre de 2022, ante el Notario de Marbella, don Luis Plá Rubio, 6918 de su protocolo. Dicha escritura y el testamento, se acompañan a la mencionada instancia. El art. 10 de los estatutos sociales establece que en caso de usufructo de participaciones la cualidad de socio residen en el nudo propietario, pero el usufructuario tendrá derecho en todo caso a los dividendos acordados por la sociedad durante el usufructo. El ejercicio de los demás derechos de socio, corresponden al nudo propietario. En esta escritura se adjudica la nuda propiedad del cincuenta por ciento de las participaciones de la sociedad. Con fecha 20 de diciembre de 2022, don G. P., envió Acta e [sic] Requerimiento, otorgada en Marbella, el 20 de diciembre de 2022, ante su Notario don José Ordóñez Cuadros, número 4892 de su protocolo, requiriendo a la administración de la Sociedad, para que convocasen Junta General con un orden del día distinto al debatido en la Junta Universal a que se refiere el presente documento. Dicho requerimiento, lo practico el Notario al domicilio social el día 21 de diciembre de 2022 indicando el señor que lo atendió, que dicha oficina lleva su asesoría fiscal, y rehúsa hacerse cargo del mismo. Se hace constar que dicho requerimiento no ha sido realizado en el domicilio de la sociedad que consta inscrito, y que desde el requerimiento no han transcurrido los dos meses que exige el art. 168 LSC.—De los documentos que ha tenido a la vista el Registrador, parece existir una contienda judicial, acerca titularidad y representación de ciertas participaciones sociales, que el Registrador no puede resolver con los escasos medios con los que cuenta en su calificación. Se trata, por tanto, de documentos incompatibles entre sí y esta incompatibilidad hace necesario suspender ambas inscripciones.—La Sentencia del Tribunal Supremo número 561/2022, de 12 de julio que afirma lo siguiente: "Aunque sea excepcional, el registrador, al realizar la calificación, puede tener en cuenta circunstancias o hechos ciertos, de los que tenga constancia registral, aunque no consten en virtud de documentos presentados en el Libro Diario por no ser títulos susceptibles de inscripción u otra operación registral o que hayan sido presentados después del documento objeto de calificación, de cuya autenticidad no quepa duda y que estén relacionados con el documento cuya inscripción se solicita, a fin de evitar la práctica de asientos ineficaces y en aplicación del principio de legalidad (arts. 18 y 20 Ccom)".—Es la aplicación de dicho principio de legalidad y la obligación de llevar a cabo una calificación conjunta (artículo 258.5 de la Ley Hipotecaria), lo que impone la denegación de la práctica del asiento solicitado cuando constan presentados dos documentos de contenido contradictorio e incompatible entre sí, y de los que no puede predicarse simultáneamente su validez, pero que, por estar ambos autorizados por notario, se ven protegidos por las mismas presunciones legales (artículos 1218 del Código Civil y 17 bis de la Ley del Notariado). La determinación de cuál de los dos documentos debe prevalecer y servir de título para la práctica de un asiento en el Registro es competencia de los tribunales de Justicia sin que el registrador pueda, en el estrecho ámbito del procedimiento registral, llevar a cabo una decisión que escapa a su competencia. De acuerdo con la Sentencia anteriormente citada y R.D. G y N. de 24 de

septiembre de 2.020, entre otras, y tal y como establece la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 24 de septiembre de 2020: "...dada la trascendencia de los pronunciamientos registrales y su alcance 'erga omnes' habida consideración de la presunción de exactitud y validez del asiento registral y del hecho de que el contenido tabular se halla bajo la salvaguardia de los tribunales mientras no se declare la inexactitud registral. Por eso el registrador no solo puede sino que debe tener en cuenta los documentos inicialmente presentados sino también los auténticos relacionados con éstos, aunque fuesen presentados después con el objeto de que al examinarse en calificación conjunta todos los documentos pendientes de despacho relativos a un mismo sujeto inscribible, pueda lograrse un mayor acierto en la calificación así como evitar inscripciones inútiles e ineficaces (Resolución de DGSJyFP de 2 de Agosto de 2014, que sigue la doctrina de Resoluciones anteriores por todas la de 11 de Febrero de 2014). La resolución citada continúa diciendo que en estos casos, para evitar la desnaturalización del Registro Mercantil en cuanto institución encaminada a la publicidad legal de situaciones jurídicas ciertas ante la insalvable incompatibilidad, el registrador debe suspender la inscripción de sendos (o de todos y sus conexos) títulos incompatibles y remitir la cuestión relativa a la determinación de cual sea el auténtico a la decisión del juez competente cuya función el registrador no puede suplir. La Dirección General ha reiterado en numerosas ocasiones (por todas la Resolución de 5 de junio de 2012 que fija doctrina) que el principio de prioridad, propio de un registro de cosas, como es el Registro de la Propiedad, tiene su reflejo un Registro de personas, como es el Mercantil, si bien con las debidas adaptaciones derivadas de su distinta naturaleza, pues aunque el artículo 10 del Reglamento del Registro Mercantil haga una formulación de tal principio, formulación que no aparece a nivel legal, su aplicación debe ser objeto de una interpretación restrictiva atendida la naturaleza y función del Registro Mercantil y el alcance de la calificación donde los principios de legalidad y legitimación tiene su fuente en la Ley (artículo 20 del Código de Comercio)».—Por lo expuesto se suspende la inscripción del presente documento, y por falta de presentación de las cuentas anuales del ejercicio de 2021, de conformidad con el art. 378 RRM.—Se hace constar que desde el requerimiento no han transcurrido los dos meses que exige el art. 168 LSC y además el requerimiento fue realizado a la sociedad en el domicilio social, sin haber sido requerido el otro administrador mancomunado ni en el domicilio social ni en el domicilio que de ella consta inscrito en éste Registro.—

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

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 de los cotitulares del Registro.

Málaga, seis de febrero de dos mil veintitrés».

III

Contra la anterior nota de calificación, don B. F., en nombre y representación y en su condición administrador único de la mercantil «Da Bruno a San Pedro, SL», cuyo nombramiento consta formalizado en la escritura pública cuestionada, interpuso recurso el día 8 de marzo de 2023 mediante escrito en los siguientes términos:

«Digo:

Que por medio del presente escrito dentro del plazo legal conferido, vengo a formular recurso gubernativo, conforme a lo dispuesto en los artículos 66 y ss. del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil (en adelante, el "Reglamento del Registro Mercantil") y los artículos 322 y ss. del Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria (en adelante, "Ley Hipotecaria"), contra la Resolución del Registro

Mercantil de Málaga por la que deniega la inscripción de nombramiento de Administrador Único y el nombramiento de Administrador Suplente, con base en los siguientes:

Antecedentes de hecho:

Primero. Que en fecha 8 de febrero de 2023, he sido notificado de la calificación negativa del titular de este Registro, en relación a la inscripción de la escritura por la cual se eleva a público certificación del acta de la Junta General Universal, de 31 de diciembre de 2022 ante el Notario don Eduardo Hernández Compta, n.º 31 de su protocolo, en fecha 5 de enero de 2023.

Segundo. La referida escritura se presentó en el Registro Mercantil de Málaga el 16 de enero de 2023, por la cual se pretendían inscribir los siguientes acuerdos adoptados por unanimidad en Junta General Universal:

- Nombramiento de un nuevo Administrador Único.
- Nombramiento de Administrador Suplente.
- Delegación de Facultades.
- Lectura, y en caso, aprobación del acta de la junta.

Tercero. El Sr. Registrador Mercantil, en el plazo reglamentariamente establecido, llevó a cabo una calificación denegatoria de la referida Escritura Pública dado que el Sr. Registrador hace una calificación conjunta por un lado, de la escritura de nombramiento de nuevo administrador y nombramiento de administrador suplente y, por otra, de la instancia que presentó el administrador mancomunado cesado, por la que solicita Convocatoria de Junta, alegando ser titular del 50% de esta sociedad. Entendiendo el Sr. Registrador que no puede resolver con los escasos medios con los que cuenta su calificación, tratándose de documentos incompatibles entre sí y, justifica que esta incompatibilidad hace necesaria la suspensión de la inscripción de ambos documentos (...).

A los anteriores hechos son de aplicación los siguientes:

Fundamentos de Derecho:

Primero. Permite el recurso gubernativo el art. 66 del Reglamento del Registro Mercantil y el art. 324 de la Ley Hipotecaria, que establece que contra la calificación que atribuya al título algún defecto que impida su inscripción podrán los interesados interponer recurso gubernativo.

Segundo. El presente recurso se interpone dentro del plazo y forma conforme al art. 71 del Reglamento del Registro y conforme el art. 326 de la Ley Hipotecaria.

Tercero. Al amparo de lo dispuesto en el art. 67 apartado a) del Reglamento del Registro Mercantil, tiene legitimación para interponer el presente recurso el compareciente, por el interés conocido en asegurar la inscripción.

Cuarto. Entendemos que n [sic] procede la suspensión de la inscripción por los siguientes fundamentos:

1. Declaración de la válida constitución de la Junta General.

La resolución de 23 de enero de 2019 de la Dirección General de los Registros y del Notariado confirma lo que ya es una consolidada doctrina al afirmar que:

"Hay que estar a la declaración del presidente de la junta que es el órgano legalmente encargado de formar la lista de asistentes tras apreciar las cuestiones que se susciten al respecto.

La mera oposición de uno o varios socios a las decisiones de la mesa no desvirtúa las consideraciones anteriores sin perjuicio de que aquél que se sienta perjudicado acuda al ejercicio de las acciones previstas en el ordenamiento... En consecuencia, la mera existencia de una contienda judicial sobre la condición de socio no puede impedir la inscripción de los acuerdos adoptados en una junta general".

Asimismo, la Resolución de 8 de enero de 2018 de la Dirección General de los Registros y del Notariado afirma que:

"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 102.1.4.^a del citado Reglamento). La importancia de la misión del presidente queda revelada en las facultades que se le atribuyen para asegurar que la junta general tenga su normal desarrollo, dirigidas a la salvaguarda del libre ejercicio de la voluntad de los socios en el órgano soberano de la sociedad, durante todo el proceso que comprende las tres fases de constitución de la junta (momento en que ha de formarse la lista de asistentes a que se refiere el artículo 192 de la Ley de Sociedades de Capital), debate (manteniendo el orden de la junta y evitando todo obstruccionismo, al dirigir y establecer el orden de las diversas intervenciones) y votación (con el correspondiente recuento que determinará si se ha alcanzado o no el acuerdo)."

2. Principios de legalidad y prioridad.

Entendemos no se ha aplicado el principio de legalidad regulado en los artículos 18.2 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, en virtud de los cuales el Sr. Registrador se encuentra obligado a calificar los documentos objeto de calificación en virtud del contenido de los mismos y de los asientos del Registro existentes al tiempo de su presentación. Es decir, no debe basar su calificación en documentación de carácter extra registral.

Además, el artículo 58 del Reglamento del Registro Mercantil establece que la calificación del Registrador se extenderá a los extremos señalados en el artículo 6 del mismo reglamento.

Por otro lado, el principio de prioridad regulado en el artículo 10 del Reglamento del Registro Mercantil dispone:

"1. Inscrito o anotado preventivamente en el Registro Mercantil cualquier título, no podrá inscribirse o anotarse ningún otro de igual o anterior fecha que resulte opuesto o incompatible con él.

Si sólo se hubiera extendido el asiento de presentación, tampoco podrá inscribirse o anotarse durante su vigencia ningún otro título de la clase antes expresada.

2. El documento que acceda primeramente al Registro será preferente sobre los que accedan con posterioridad, debiendo el Registrador practicar las operaciones registrales correspondientes según el orden de presentación."

En virtud de lo expuesto anteriormente, entendemos que el Registrador erró al afectar la calificación de la escritura pública de cese y nombramiento de administradores al contenido de la instancia suscita por don G. con carácter posterior. Lo anterior tiene como resultado la conculcación del principio de prioridad.

3. Principios de ajenidad a las contiendas societarias.

Existe doctrina reiterada de la Dirección General de los Registros y del Notariado por la que establece que el Registro Mercantil debe permanecer ajeno a las contiendas entre las partes cuya atribución pertenezca a los tribunales de Justicia.

En este sentido, el procedimiento registral es ajeno a la resolución de contiendas entre las partes cuyo conocimiento está atribuido a los tribunales de Justicia, por lo que no se justifica la denegación de la inscripción ya, que una contienda judicial sobre la condición de socio no puede impedir la inscripción de los acuerdos adoptados en la Junta General.

Corresponde al Juzgado dirimir en un posterior procedimiento judicial, la denegación del asiento registral, en caso de que el pronunciamiento sea contrario a la calificación registral.

Todo ello se recoge en una prolífica doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado entre la que podemos destacar la ya mencionada de resolución de 23 de enero de 2019.

4. Paralización de los órganos sociales.

Con el cese del Administrador Mancomunado, y el cambio en el modo de organizar la sociedad, se pretende evitar la paralización de los órganos sociales y, con ello, la disolución de la Sociedad conforme el artículo 363.1.d) de la Ley de Sociedades de Capital.

Lo anterior tiene reflejo en sentencias como la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2019, que afirma:

"Este sistema de administración tiene el riesgo de propiciar situaciones que pueden desembocar en lo parálisis de la sociedad."

En virtud de todo lo anterior, esta parte considera que no cabe la denegación de la inscripción de la escritura pública mencionada en el antecedente segundo.

Por lo expuesto,

Solicito a la Dirección General de los Registros y del Notariado que, teniendo por presentado este escrito, se sirva admitirlo junto con los documentos que se acompañan, se sirva admitir todo ello, teniendo por interpuesto el presente recurso gubernativo contra la Resolución del Registro Mercantil de Málaga por la que deniega la inscripción de cese de administrador mancomunado y dimisión de administrador mancomunado, la modificación del modo de organizar la administración y el nombramiento de Administrador Único y Administrador Suplente».

IV

Notificada la interposición del recurso al notario de Marbella, don Eduardo Hernández Compta, como autorizante del título calificado, presentó el siguiente escrito de alegaciones:

«Al Registro Mercantil de Málaga, en relación a la notificación realizada (que se acompaña por el mismo a efectos de realizar alegaciones respecto de la escritura de referencia, c [sic] presentada para su inscripción, al amparo del Artículo 327 de la Ley hipotecaria, formulo las siguientes:

1. La escritura presentada al Registro contiene las previsiones legales suficientes para proceder a su inscripción, teniendo en cuenta que de conformidad con la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 23 de enero de 2019, «Hay que estar a la declaración del Presidente de la Junta como órgano legalmente encargado de formar la lista de asistentes, tras apreciar las cuestiones que se susciten al respecto».

En consecuencia las discrepancias que puedan mantener los socios sobre las declaraciones legales efectuadas por el Presidente serían susceptibles de provocar el ejercicio de las acciones legales correspondientes pero sin que dicha circunstancia tuviera carácter impeditivo de la inscripción de los acuerdos adoptados por la Junta General.

La citada resolución sigue una confirmada línea doctrinal, entre otras Resolución de 29 de noviembre de 2012 u 8 de enero de 2018, que atribuyen al Presidente realizar las declaraciones pertinentes sobre la válida constitución de la Junta y formalizar la Lista de Asistentes a la misma, de conformidad con los arts. 97.4, 98 y 102.2 y 3 del Reglamento del Registro Mercantil.

2. La Calificación Registral a nuestro juicio supone una conculcación del principio de legalidad ex art 18.2 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil conforme a los cuales el Registrador viene obligado a calificar la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos, la capacidad y legitimación de los que los otorgan o suscriban y la validez de su contenido, por lo que resulta de ellos y de los asientos del Registro.

Consecuentemente cabe decir que no es posible que en su actividad calificadora el Registrador se fundamente en documentos de carácter extraregistral.

Confirmando la argumentación defendida en estas alegaciones, más recientemente la Dirección de Seguridad Jurídica y Fe Pública en Resolución de 24 de octubre de 2022 deniega la inscripción de una escritura de cese de administrador inscrito y nombramiento de un nuevo administrador, al constar presentada con anterioridad otra escritura presentada con anterioridad por otro Notario en la que se elevaban a público acuerdos de cese del mismo administrador inscrito y nombramiento de otro administrador diferente al del título presentado en Segundo lugar, a pesar de que el recurrente alegó falsedad en la documentación presentada en la escritura previa y el carácter fraudulento de la misma.

La Dirección General desestimó el recurso y confirmó la nota de calificación del Registrador, señalando que la aplicación del principio de legalidad y la obligación de llevar a cabo una calificación conjunta impone la denegación de la práctica del asiento solicitado cuando constan presentados dos documentos contenido contradictorio e incompatibles entre sí.

3. Resulta afectado por la Calificación Mercantil a nuestro entender el art. 10 Reglamento del Registro Mercantil regulador principio de prioridad, cuyo punto 2 establece que «El documento que acceda primeramente al Registro será preferente sobre los que accedan con posterioridad, debiendo el Registrador practicar las operaciones registrales correspondientes según el orden de presentación».

Es así pues que la calificación de la escritura de cese y nombramiento de administradores no puede quedar contaminada por el contenido de una instancia suscrita y presentada en una fecha posterior a la de aquella.

4. La existencia de controversias entre las partes, susceptibles de provocar contiendas judiciales entre ellas, no deben incidir en el procedimiento registral, que debe quedar al margen de las mismas correspondiendo a los Tribunales de Justicia la determinación de la legitimidad de unas u otras pretensiones legítimamente ejercitadas.

Es esta la línea mantenida por la Dirección Resoluciones reseñadas en el apartado primero.

La posición jurídica defendida en estas alegaciones busca evitar la paralización del funcionamiento de los órganos sociales, lo que podría conllevar la disolución de la mercantil ex art 363. 1 d) de la Ley de Sociedades de Capital, todo ello sin perjuicio de la resolución que en su momento adopten los Tribunales Ordinarios de Justicia.

En virtud de todo lo anterior el Notario autorizante de la escritura presentada considera que no cabe la denegación de la inscripción de la misma.

Por lo expuesto, yo, Eduardo Hernández Compta, Notario de Marbella, solicito al Ilustre Registrador Mercantil que tenga por efectuadas las presentes alegaciones y resuelva conforme a las mismas».

V

El registrador Mercantil I de Málaga, don Francisco Javier Brea Serra, emitió el informe previsto en el artículo 327 de la Ley Hipotecaria el día 17 de marzo de 2023, donde declaraba mantener la calificación negativa, y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 398 y 1218 del Código Civil; 18 y 20 del Código de Comercio; 17 y 17 bis de la Ley del Notariado; 91, 93, 104, 105, 116, 118, 126, 159, 179, 188, 191 a 193 y 198 a 201 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; 102 y 111 del Reglamento del Registro Mercantil; la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2016; la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésimoctava, de 18 de febrero de 2011; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de marzo de 1986, 9 de enero de 1991, 2 de enero de 1992, 13 de febrero de 1998, 29 de octubre y 8, 9, 10 y 11 de noviembre de 1999, 31 de marzo de 2003, 22 de marzo de 2007, 3 de febrero de 2011, 29 de noviembre y 20 de diciembre de 2012, 13 de junio y 5 de agosto de 2013, 4 de marzo de 2015, 24 de octubre de 2016, 3 de abril de 2017 y 13 de febrero y 23 de julio de 2019, y las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 26 de febrero y 10 de diciembre y 11 de abril y 23 de mayo de 2022.

1. La cuestión planteada se refiere al nombramiento del administrador único de una sociedad de responsabilidad limitada, previo fallecimiento debidamente acreditado de la anterior titular del cargo, y a la designación de una administradora suplente. La calificación negativa impugnada tiene su origen en el acceso al Registro Mercantil de una solicitud de convocatoria presentada por quien alega ser titular del 50% de las participaciones de la sociedad y para acreditarlo acompaña copia de la escritura de aceptación y adjudicación de la herencia de su madre, la anterior administradora. Sobre la base de esta solicitud, el registrador concluye que parece existir una contienda judicial acerca de la titularidad y representación de ciertas participaciones, que no puede resolver con los escasos medios con los que cuenta en su calificación, lo que genera una situación de documentos incompatibles entre sí, que hace necesario suspender ambas inscripciones.

Formulada en estos términos la calificación, debe tenerse en cuenta que el segundo documento no pretende inscripción alguna, al tratarse de una solicitud de convocatoria hecha por un socio. Difícilmente se puede hablar aquí de títulos incompatibles. En realidad, el problema es otro, como resulta del expediente del recurso. La cuestión es que, con ocasión de presentar la escritura de herencia indicada, al registrador le asalta la duda de que la junta general celebrada el día 31 de diciembre de 2022, y cuyos acuerdos se elevan a público en la escritura calificada, haya sido realmente una junta universal, pues la participación que se arroga el administrador cesado, al menos en cuanto al ejercicio de los derechos de asistencia y de voto, aparentemente no habría concurrido a dicha reunión. Estaríamos ante un supuesto de calificación conjunta, pero solo por haber tenido en cuenta el registrador otro documento distinto en la calificación, pero no porque los documentos sean incompatibles. A pesar de ello, a la vista del contenido del escrito de impugnación, es indudable que el recurrente ha podido alegar cuanto le ha convenido para su defensa.

2. Habida cuenta de las características del procedimiento registral mercantil, ajeno al principio de contradicción y carente de una fase probatoria, el acceso de los actos inscribibles no se articula como regla general sobre la prueba de los mismos, sino sobre la declaración solemne, en escritura pública, de su realidad y regularidad por la persona legitimada para efectuarla, eventualmente complementada con las acreditaciones documentales normativamente tasadas, siendo las personas adecuadas para dejar constancia del devenir societario a los efectos que aquí interesan los administradores y demás personas facultadas para la elevación a público de los acuerdos sociales (Resolución de 11 de abril de 2022). Esta indudable fragilidad en el terreno de lo fáctico se agrava exponencialmente cuando la certificación aparece expedida por una persona que aparece como beneficiaria del acuerdo de nombramiento del cual se certifica, lo que ha determinado el establecimiento en el artículo 111 del Reglamento del Registro

Mercantil de una especial cautela que posibilita la inmediata reacción frente a nombramientos inexistentes, evitando, en su caso, su inscripción.

Establece esta norma que la certificación del acuerdo por el que se nombre al titular de un cargo con facultad certificante, cuando haya sido expedida por el propio nombrado, y la sustitución se haya producido por fallecimiento del anterior, solo tendrá acceso al Registro si se acompaña la acreditación documental de la defunción.

3. Cumplido el requerimiento exigido para este supuesto por el artículo 111 del Reglamento del Registro Mercantil, el rechazo del registrador dimana de una información relevante y aparentemente conexas que ha obtenido por otros medios (en el caso, una solicitud de convocatoria de junta general), llega a la conclusión de que la situación reflejada en el único título presentado para su inscripción no es válida, de modo que acceder a su asiento equivaldría a practicar una inscripción inútil e ineficaz. Como se dice en la Resolución de 12 de abril de 2022, «la regla general de que el orden de despacho deba corresponder al orden de presentación no puede imponerse a aquellas situaciones en que del documento posteriormente presentado resulte de forma auténtica la falta de validez del primero, o bien comprometida dicha validez en términos tales que su inscripción resultaría contraria al principio general que rige en sede registral de que al Registro Mercantil solo pueden acceder títulos plenamente válidos y no claudicantes, ni aquellos otros aquejados de incertidumbre en cuanto a las circunstancias fácticas o jurídicas en que se sustenta su validez, lo que sería contradictorio con las presunciones de exactitud y validez que el Ordenamiento anuda a los actos y contratos inscritos en dicho Registro (vid. artículos 20, número 1, del Código de Comercio, y 7 del Reglamento del Registro Mercantil)».

En el caso de este expediente, el registrador pone en duda la declaración del presidente de la junta sobre su válida constitución con el carácter de universal. Esta Dirección General (vid. Resoluciones de 5 de agosto de 2013 y 24 de octubre de 2016, referidas a una sociedad de responsabilidad limitada, y la de 3 de abril de 2017, respecto de una sociedad anónima, con criterio reiterado más recientemente en las Resoluciones de 23 y 24 de enero, 13 de febrero y 23 de julio de 2019, 26 de febrero de 2020, entre otras) ha puesto de relieve que 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 a 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 su titularidad (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). Este Centro Directivo 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 –o de representante del mismo–, 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). En particular, a propósito de la representación de una comunidad hereditaria en la junta general, la Resolución de 4 de marzo de 2015 rechazó que esa representación debiera acreditarse al registrador.

No obstante, también es doctrina reiterada del citado Centro Directivo 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 aquellas, 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 este 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 enero 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 este resulte 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 derive 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); y también cuando se prescinde de la legitimación que como socios corresponde a los herederos del socio fallecido mientras no se haya consumado el ejercicio por los socios sobrevivientes del derecho de adquisición preferente establecido en su favor por los estatutos (Resolución de 23 de julio de 2019), circunstancias todas ellas que impiden tener por debidamente realizada la declaración de válida constitución de la junta.

Obsérvese que el sesgo interpretativo para hacer uso de esta excepción ha de ser especialmente riguroso, pues no se trata de que la actuación de la mesa de la junta ofrezca alguna duda en cuanto a su acierto, sino que, justo al revés, es su equivocación la que debe resultar indudable por evidente. En la duda, es decir, si puede haber razones que justifiquen su actuación, por mucho que al registrador le parezcan poco atendibles, se ha de pasar por la declaración de aquella. A partir de ahí, ya es cometido judicial anular el acuerdo.

4. Que en el presente caso existe una contienda hereditaria resulta obvio, pero hay razones que pudieran justificar que la solución, al menos en el ámbito registral, no ha de venir necesariamente por la aplicación maquinal de la regla estatutaria sobre la atribución al nudo propietario de la cualidad de socio. Los únicos documentos claramente indiscutibles y que enmarcan todo el debate son dos. De un lado, el testamento de la causante, donde además de la institución de heredero a favor del hijo y el legado de usufructo universal al esposo, también se ordena un legado de parte alícuota del 25 por ciento de la herencia a favor de sus hermanos. De otro lado, el documento ante notario suizo donde los esposos formalizan un doble contrato de matrimonio y de herencia. En virtud del primero pactan el régimen de separación de bienes y por el segundo se asignan mutuamente el usufructo vitalicio de su patrimonio, dejando claro su deseo de que la entrega de los bienes a los herederos de cada uno solo tenga lugar tras la muerte del último de los dos. Conviene insistir en la naturaleza contractual de esta última disposición, que no habría de verse alterada por la *professio iuris* de la causante en su testamento por el derecho español (artículo 9.8 Código Civil). En cuanto representa el

título constitutivo del usufructo, será un problema de interpretación determinar si la voluntad del constituyente era atribuir el ejercicio de todos los derechos sociales al usufructuario, en coherencia con la rotunda posposición de entrega a la muerte de ambos, pues en el caso de participaciones sociales solo puede referirse a esos derechos, ya que no hay títulos. Esta atribución es posible en el plano interno, aunque la sociedad la pueda desconocer en defecto de previsión estatutaria, pero ese desconocimiento resulta algo más problemático cuando existe una clara identidad entre los socios y los implicados en aquel título (el ejemplo de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2016 recurso 2363/2013).

A partir de aquí, la escritura de herencia es un título generado únicamente por el heredero, donde, por sí solo, rectifica la declaración hecha por su madre en el testamento de estar casada en gananciales (dato cuya relevancia para la composición patrimonial de la herencia a nadie escapa), incluye como privativa la participación en una serie de sociedades, entre ellas la sociedad que nos ocupa, prescinde del contador partidario nombrado en el testamento, y se adjudica todas las participaciones inventariadas, sin atender al legado de parte alícuota a favor de los hermanos de aquella, a los que simplemente emplaza para, una vez acepten el legado, proceder a su concreción en bienes o participaciones indivisas de bienes hereditarios. Pero debe recordarse que el legatario deviene titular del legado *ipso iure* en el momento de la muerte del causante, sin necesidad de que lo acepte (si bien, naturalmente, puede renunciar a él), por eso, desde el momento en que el heredero acepta, queda constituida una situación de comunidad hereditaria entre los legatarios de cuota y el heredero, que no permite a este último adjudicarse en su totalidad los activos hereditarios (Resolución de 22 de marzo de 2007).

Incluso, cabría plantearse si el cónyuge usufructuario también forma parte de esa comunidad, como así sugiere la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigesimoctava, de fecha 18 de febrero de 2011, recurso número 244/2010 («el problema que ahora se plantea no es tanto el de conceptualizar o no al cónyuge viudo, en un plano dogmático, como auténtico «heredero», como el de dilucidar si, en atención a la naturaleza de su derecho hereditario, puede considerársele como miembro o integrante de la comunidad hereditaria mientras la herencia permanece indivisa. Y en tal sentido, no puede obviarse que es también la jurisprudencia tradicional la que ha venido reconociendo al viudo importantes prerrogativas como, *vgr.*, la de promover la partición, la de oponerse a la partición efectuada sin su concurso (...) todo ello justificado por el poder de uso y disfrute difuminado que ostenta sobre todos los bienes hereditarios mientras su cuota no se concrete en bienes determinados; la de ejercitar acciones en provecho de la herencia; reconocimiento de cargas, como sucede con la obligación que pesa sobre el viudo de contribuir a los gastos comunes de la partición (...) Características todas ellas a partir de las cuales no parece descabellado suponer que, pese a faltar en el cónyuge viudo la característica fundamental del heredero –sucesión «ultra vires»–, el mismo debe considerarse como miembro de la comunidad hereditaria mientras la herencia permanece en estado de indivisión. No en vano el art. 839 CC otorga a los verdaderos herederos la facultad de optar por satisfacer el usufructo del viudo mediante diversas alternativas entre las que se encuentra la de asignarle un capital en efectivo, habiendo considerado la S.T.S. de 15 de junio de 1982 que como tal capital podía ser considerada la atribución de unas participaciones societarias en tanto que índices representativos de la participación en un capital. Ello implica, en definitiva, que, pese al carácter privativo de las participaciones sociales de su difunto esposo (...) no puede descartarse que, como fruto de las operaciones particionales, el derecho de la apelante por su cuota viudal acabe finalmente concretándose en la titularidad plena de una parte de dichas participaciones, con lo que la exclusión de la cualidad de socio que el art. 36 L.S.R.L. establece para el usufructuario de participaciones sociales ni siquiera llegaría a resultar operativa. Y no está de más indicar que a la hora de ponderar si esa eventualidad teórica representa o no un refuerzo, desde el punto de vista argumental, para la catalogación del viudo como miembro de la comunidad hereditaria, no puede

entrar a evaluarse el mayor o menor grado de probabilidad –susceptible de ser apreciado en el momento presente– de que tal cosa llegue efectivamente a suceder»). Y todo esto, sin hacerse cuestión de cual fuera el régimen matrimonial de la causante al tiempo de su fallecimiento, pues a la vista de lo que declaró en su testamento no es impertinente pensar que los cónyuges pudieron haberlo cambiado, sin que dicha información resulte del asiento registral.

Siendo así, respecto de las participaciones sociales será de plena aplicación el artículo 126 de la Ley de Sociedades de Capital cuando exige designar una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio, entre ellos, también, para la solicitud de convocatoria de la junta general (Resolución de 13 de junio de 2013). En palabras de la Resolución de 23 de mayo de 2022, «cuando las participaciones están integradas en una herencia indivisa, debe tenerse en cuenta que forman parte de un patrimonio sujeto a un régimen de titularidad colectiva que se proyecta sobre la masa patrimonial en su conjunto y no sobre cada uno de los bienes que la componen, de manera que (...) es la comunidad hereditaria, y no cada coheredero, la que ostenta la condición de socio, de manera que el ejercicio de los derechos correspondientes deberá ejercitarse por quien se halle facultado para representar transitoriamente a la comunidad hereditaria como socio». La designación de la persona que haya de ejercitar los derechos de socio se regirá por las reglas propias de la comunidad hereditaria (cfr. Resolución de 17 de marzo de 1986), de modo que si existe un albacea o se ha nombrado un administrador de la herencia por el testador o judicialmente, le corresponderá el ejercicio de los derechos de socio frente a la sociedad. En caso de que tal representación no resulte por virtud de la ley o por decisión judicial o negocio jurídico, su designación deberá de efectuarse por mayoría de cuotas o intereses, como resulta de la aplicación del artículo 398 del Código Civil (Resolución de 10 de diciembre de 2020). Curiosamente, el registrador no alude a esta circunstancia y parece rechazar la solicitud de convocatoria solo por razón del plazo y del destinatario del requerimiento previo, sin entrar en el tema de la legitimación, cuando en este expediente sí que habría tenido una oportunidad para hacerlo.

Con todo lo anterior no se pretende decir que la mesa de la junta hubiera acertado al aceptar para su constitución con carácter universal la presencia de alguien distinto del heredero nudo propietario, sino que razones pudo tener para ello, por mucho que resulten discutibles y aunque finalmente no se acepten por un juez en caso de impugnación. Esa mera apariencia ha de ser suficiente para aceptar su inscripción, al menos, por este motivo, dando así a la sociedad la posibilidad de superar una aparente situación de bloqueo de su órgano de administración, y con ello de defensa de sus intereses ante las acusaciones –quizá, infundadas– que lanza contra el administrador cesado. Al no inscribir un título con el argumento de que el registrador no debe tomar partido en el conflicto revelado se olvida que así se está resolviendo dicho conflicto, de momento, a favor de quien esté interesado en el mantenimiento de la situación registral existente, puesto que consigue su objetivo, sin necesidad de impugnar el acuerdo cuestionado. Por ello, salvo situaciones extremas de falta de autenticidad, todos los títulos que satisfagan los mínimos formales del procedimiento registral han de tener acceso al mismo. En el presente caso, esos mínimos se cumplen, debiéndose revocar la nota de calificación, al menos, por este defecto.

En virtud de lo expuesto, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar el defecto impugnado.

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, 8 de junio de 2023.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.