

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**18458** *Resolución de 21 de noviembre de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles I de Santa Cruz de Tenerife a inscribir una escritura de reducción del capital social de una sociedad de responsabilidad limitada.*

En el recurso interpuesto por don Alfonso de la Fuente Sancho, notario de San Cristóbal de La Laguna, contra la negativa del registrador Mercantil y de Bienes Muebles I de Santa Cruz Tenerife, don Andrés Barettino Coloma, a inscribir una escritura de reducción del capital social de una sociedad de responsabilidad limitada.

#### Hechos

##### I

En escritura autorizada el día 24 de mayo de 2019, con número 1.108 de protocolo, por la notaria de San Cristóbal de La Laguna, doña Ana María Álvarez Lavers, como sustituta y para el protocolo del notario de la misma ciudad, don Alfonso de la Fuente Sancho, los dos únicos socios de la sociedad «Kit Cash, S.L.», previa acreditación de la titularidad de sus participaciones sociales mediante exhibición de copias de las correspondientes escrituras de adquisición de tales participaciones, y juicio notarial de capacidad, dieron a dicho acto el carácter de junta general universal y, por unanimidad, adoptaron el acuerdo de reducir el capital social con restitución de aportaciones. A dicha junta no asistió la administradora única.

##### II

Presentada el 25 de junio de 2019 copia autorizada de la citada escritura en el Registro Mercantil de Santa Cruz de Tenerife, fue objeto de la calificación negativa que, a continuación, se transcribe parcialmente:

«Don Andrés Barettino Coloma, Registrador Mercantil de Registro Mercantil de Tenerife, 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 (...)

Fundamentos de derecho

1. Para la inscripción del presente documento en la que comparecen ante el notario autorizante los dos únicos socios de la compañía, constituyéndose en junta general y universal y adoptan por unanimidad el acuerdo de reducir el capital social mediante la devolución de aportaciones y consiguiente modificación del artículo 50 de los estatutos, se requiere que dicho acuerdo se eleve a público por quien tiene facultades para ello que en el presente caso es la administradora única, doña M. F. L. V., pues los socios, a excepción del socio único, carecen de tal facultad –arts. 107 y 108 del RRM.

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

Santa Cruz de Tenerife, dos de julio de dos mil diecinueve».

## III

Contra la anterior calificación, don Alfonso de la Fuente Sancho, notario de San Cristóbal de La Laguna, interpuso recurso el día 22 de agosto de 2019 con los siguientes fundamentos jurídicos:

«1. El defecto alegado parte de una premisa errónea y es que considera que hay que ejecutar el acuerdo social elevándolo a escritura pública, cuando lo cierto es que el acuerdo consta ya adoptado directamente en escritura bajo la fe pública notarial por lo que, por definición, no necesita elevarse a escritura lo que ya consta en escritura.

En la presente escritura la notario autorizante identifica a todos los socios comparecientes, les juzga con capacidad (natural y jurídica) para celebrar Junta Universal previa acreditación de la titularidad de sus participaciones sociales (que consta en escritura pública al tratarse de una sociedad de responsabilidad limitada) y recoge fielmente y de forma fehaciente los acuerdos adoptados (por unanimidad).

2. De seguirse el razonamiento del registrador habría que: 1) trasladar los acuerdos adoptados en la escritura pública de adopción de acuerdos al Libro de Actas de la Junta General, 2) certificar dicho contenido por el administrador y 3), finalmente, otorgar el administrador una escritura de elevación a público del contenido del libro de Actas; es decir tendría que recorrerse un camino con varias paradas para volver al punto de partida, la escritura notarial, algo incomprensible desde todo punto de vista, pues como se ha dicho ya constan los acuerdos en escritura.

3. Por otro lado el registrador plantea un defecto que ha sido tratado y resuelto numerosas veces por la DGRN, citemos por todas la Resolución de 3 de Mayo de 1993, cuyo criterio sobre dicha cuestión, en síntesis, es el siguiente:

- El Acta de la Junta no constituye una forma “ad substantiam”.
- La finalidad fundamental del Acta es garantizar el interés de todos aquellos a quienes puedan afectar tales acuerdos y en especial el de los socios disidentes y ausentes.
- De acuerdo con esa finalidad, el Acta carece de sentido cuando los acuerdos son adoptados unánimemente por los únicos socios en escritura ante notario.
- La escritura recoge los requisitos que necesariamente debe contener la inscripción solicitada y cumple las exigencias establecidas por la legislación notarial para la validez formal del instrumento público.
- No existe inadecuación de la forma documental por el hecho de que los acuerdos adoptados en Junta por los únicos socios de la sociedad se otorgue directamente ante Notario.
- No es necesario que el proceso de formación de tales acuerdos quede reflejado en una previa Acta de la Junta que luego hubiera de servir de base de la correspondiente elevación a escritura pública.
- La función de garantía que se atribuye a la constatación de los acuerdos sociales mediante Acta de la Junta queda cumplida (y con mayor seguridad jurídica y garantías de autenticidad y legalidad) por la adopción directa de dichos acuerdos ante el Notario.
- Esta teoría es aplicable no sólo cuando se trata de socios únicos sino también en todos los casos en los que hay Junta Universal ante notario, cualquiera que sea el número de socios. Por ejemplo en el caso tratado en la Resolución citada de 3 de mayo de 1993 (tiempo en que no se permitía la situación de unipersonalidad en las sociedades, al menos en el momento inicial) en la que eran dos socios los otorgantes.

4. En cuanto a la posible cuestión teórica, no planteada por el registrador y que se trae a colación únicamente a efectos doctrinales, de la necesidad o no de asistencia en la propia escritura de los administradores no socios hay que concluir que es indiferente por cuanto la presencia del administrador en la Junta, aunque sea su obligación (artículo 180 LSC), es indiferente para la validez de los acuerdos adoptados pues carecen del derecho de voto ya que únicamente lo tienen los socios (artículo 188 LSC), que son los únicos que necesariamente tienen que estar presentes (todos si es Junta Universal).

5. Es práctica habitual y pacífica, al menos en pequeñas sociedades familiares que son la inmensa mayoría, el otorgamiento de escritura de adopción de acuerdos sociales ante notario en Junta Universal y por unanimidad, en diferentes momentos de la vida social, como por ejemplo:

a) Compraventa de participaciones sociales con cambio de administrador.

Es el caso, muy frecuente, de que uno o varios socios venden sus participaciones sociales y los nuevos socios celebran inmediatamente después de la compra Junta Universal y cambian simultáneamente al administrador, pudiendo estar presente el antiguo administrador o no, todo lo cual se formaliza en el mismo acto, o bien en la misma escritura de compra o bien en la escritura siguiente de protocolo.

b) Cese de administradores que incumplen sus obligaciones o no convocan la Junta, (por estar ausentes, haber perdido la confianza de los socios, etc...) en los que el socio o socios deciden celebrar Junta Universal ante notario y cesar al administrador.

En tales casos la Junta Universal formalizada en escritura otorgada directamente ante notario resuelve ventajosamente esta situación de paralización social, y tiene el efecto añadido que se deriva de lo dispuesto en el artículo 111 del Registro Mercantil (que presupone la existencia de certificación del nuevo administrador) pues no será necesaria ya la notificación al administrador cesado (a veces problemática) para inscribir el nuevo nombramiento de administrador al constar fehacientemente los acuerdos adoptados.

6. En el fondo, en la nota de calificación del registrador mercantil, subyace un criterio formalista (que exige siempre redacción del acta en el Libro de Actas, certificado del administrador del libro de Actas y elevación a escritura pública) discrepante de la doctrina de la DGRN y desconocedor (figuradamente) de la función notarial, pues no parece tener en cuenta, respecto del aspecto sustantivo, que la presencia notarial aporta mucha más seguridad jurídica para la validez de los acuerdos adoptados directamente en escritura ante notario que la que aporta un Acta privada y posterior certificado del administrador. Por ello quizá, en casos como este, exige los mismos requisitos que hubieran sido necesarios si se hubiera redactado un acta por el secretario designado en la Junta Universal celebrada privadamente, ignorando la presencia de notario y que los acuerdos se adoptan en escritura pública no en un acto meramente privado.

7. Esa mayor seguridad jurídica resulta del hecho de que el notario identifica a todos los socios comparecientes, valora también la representación de los ausentes (que en un acta privada es competencia y criterio del presidente de la Junta) y se cerciora de su condición de socios y legitimación para el otorgamiento tanto por la exhibición de las correspondientes escrituras públicas de propiedad como por la afirmación o reconocimiento mutuo de los asistentes sobre su condición de socios y del carácter Universal de la Junta al estar todos presentes.

Desde el punto de vista sustantivo, el notario tutela y resuelve los problemas jurídicos que se puedan plantear, tanto de forma como de fondo en la celebración de la Junta, en orden a garantizar mejor la validez y legalidad de los acuerdos adoptados.

8. Es cierto que puede haber casos patológicos incluso en los acuerdos adoptados ante notario, pero serán la excepción y desde luego mucho menores que con el sistema de acta privada y certificación, como se puede comprobar con un breve repaso del repertorio de los pleitos judiciales sobre esta materia o con el hecho de que cuando hay conflicto latente entre los socios se requiera a instancia de una minoría de socios la intervención notarial para levantar Acta de la Junta, sin cuya intervención los acuerdos no son eficaces (art. 203 LSC), signo de que el legislador deposita su confianza en la intervención notarial que hace imprescindible y que la práctica diaria corrobora.

9. Sería paradójico por otro lado que los socios pudieran vender la totalidad de sus participaciones ante notario en escritura pública con plenos efectos traslativos y fehacientes y no pudieran sin embargo celebrar Juntas con la misma titulación y efectos jurídicos requiriendo para ello la intervención de un tercero privado, el administrador, al que el registrador en este caso parece otorgarle más confianza que al notario,

funcionario público depositario de la fe pública extrajudicial, quizá porque únicamente valore que el administrador tiene su cargo inscrito y aplique una suerte de tracto sucesivo impropio (de forma que sólo es apto para inscribir lo que certifica el administrador inscrito), carente desde luego de lógica jurídica y de fundamento legal, como se ha dicho».

#### IV

Mediante escrito, de fecha 30 de agosto de 2019, el registrador Mercantil emitió informe y elevó el expediente a esta Dirección General.

#### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 326 de la Ley Hipotecaria; 105.1, 180, 202, 290 y 318 de la Ley de Sociedades de Capital; 1, 3, 97, 98, 99, 102, 103, 107, 108, 112 y 113 del Reglamento del Registro Mercantil, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de enero y 3 de mayo de 1993, 3 de diciembre de 1999, 10 de marzo de 2005, 20 de mayo de 2006, 24 de noviembre de 2010, 7 de abril de 2011 y 12 de marzo de 2015, entre otras.

1. Por el presente recurso se pretende la inscripción de una escritura en la cual los dos únicos socios de la sociedad «Kit Cash, S.L.», previa acreditación de la titularidad de sus participaciones sociales mediante exhibición de copias de las correspondientes escrituras de adquisición de aquellas, y juicio notarial de capacidad, dan a dicho acto el carácter de junta general universal y por unanimidad adoptan el acuerdo de reducir el capital social con restitución de aportaciones. A dicha junta no asistió la administradora única.

El registrador suspende la inscripción porque, a su juicio, es necesario que dicho acuerdo se eleve a público por quien tiene facultades para ello –la administradora única–, pues los socios, a excepción del socio único, carecen de tal facultad conforme a los artículos 107 y 108 del Reglamento del Registro Mercantil.

2. Debe recordarse que, según reiterada doctrina de esta Dirección General (vid. las Resoluciones citadas en los «Vistos» de la presente), para inscribir acuerdos sociales adoptados por la junta general no siempre es imprescindible que tales acuerdos consten en acta que sirva de base –directamente o mediante certificación sobre el contenido de la misma– a la correspondiente escritura pública. Así, en Resolución de 3 de mayo de 1993, este Centro Directivo puso de relieve que, en determinados supuestos, como los de documentación de aquellos acuerdos o decisiones que se adopten en el seno de sociedades devenidas unipersonales o de acuerdos adoptados por unanimidad en junta general universal constituida por los dos únicos socios, no han de ser aplicadas estrictamente todas las exigencias formales impuestas por los artículos 97 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil y, entre ellas, la necesaria preexistencia de un acta que sirva de base a la ulterior documentación pública de los acuerdos sociales. Y es que debe tenerse en cuenta: a) que el acta no constituye la forma «ad substantiam» de las declaraciones de los socios ni de los acuerdos sociales sino que preserva una declaración ya formada, de modo que mediante la constatación de los hechos –consistentes o no en declaraciones– garantice fundamentalmente el interés de todos aquéllos a quienes pueda afectar tales acuerdos y en especial el de los socios disidentes y ausentes; b) que si lo que se eleva a público es el acuerdo social y para ello puede tomarse como base la certificación de los mismos, no existe inconveniente para que el título inscribible sea una escritura de la que resulte directa e inmediatamente la adopción de tales acuerdos sin que sea necesaria una previa acta o una previa certificación de la misma que sirva de base a dicho título público; y c) que, según la referida doctrina de este Centro Directivo, las especificaciones formales relativas a las circunstancias y requisitos establecidos en el artículo 97.1 y demás concordantes del Reglamento del Registro Mercantil para protección de los intereses de los socios ausentes y disidentes

carecerían de sentido en los casos en que los acuerdos sean adoptados unánimemente por los dos únicos socios cuando ambos o alguno de ellos sean además los administradores de la sociedad, de modo que si la escritura otorgada expresa los requisitos que necesariamente debe contener la inscripción solicitada y cumple las exigencias establecidas por la legislación notarial para la validez formal del instrumento público, debe concluirse que no existiría inadecuación de la forma documental por el hecho de que los acuerdos adoptados en junta por los dos únicos socios y administradores de la sociedad se otorgaran directamente ante notario, ni es necesario que el proceso de formación de tales acuerdos (que aparece simplificado en tanto en cuanto por la unificación de las voluntades concordes de ambos socios se transforman éstas en voluntad social) quede reflejado en una previa acta –notarial o no notarial– de la junta que luego hubiera de servir de base de la correspondiente elevación a escritura pública, máxime si se tiene presente que la función de garantía que se atribuye a la constatación de los acuerdos sociales mediante acta de la junta queda cumplida (y con mayores garantías de autenticidad y legalidad) por el otorgamiento directo ante el notario; todo ello sin perjuicio de la obligación de trasladar dichos acuerdos a los libros de actas de la sociedad (*vid.* artículo 103.2 del Reglamento del Registro Mercantil).

En el presente caso, a diferencia de los supuestos a que se refieren todas las citadas Resoluciones de este Centro Directivo, se da la circunstancia de que ninguno de los dos socios es administrador de la sociedad ni la administradora única de la misma concurre al acto del otorgamiento al que se da carácter de reunión de junta general de socios. Por ello, el recurso no puede ser estimado.

Dada la especial trascendencia de los asientos registrales, que tienen alcance «*erga omnes*», gozan de la presunción de exactitud y validez (artículo 3 del Reglamento del Registro Mercantil) y se hallan bajo la salvaguardia jurisdiccional (artículo 1 de dicho Reglamento), se hace necesario exigir la máxima certeza jurídica de los documentos que acceden al registro, no sólo por lo que se refiere a la veracidad y exactitud del contenido de éstos, sino también respecto de la legitimación para expedirlos.

La elevación a instrumento público de acuerdos de una sociedad, en tanto en cuanto comporta una manifestación de voluntad relativa a un negocio o acto preexistente que se enmarca en el ámbito de actuación externa de aquélla, compete «*prima facie*» al órgano de representación social, que podrá actuar directamente o mediante apoderado con poder suficiente (cfr. las Resoluciones de 3 de septiembre de 1980, 15 de mayo de 1990, 18 de enero de 1991 y 28 de octubre de 1998). No obstante, en la normativa vigente dicha facultad no queda ligada exclusiva e inescindiblemente a la titularidad del poder de representación, ya que, conforme al artículo 108 del Reglamento del Registro Mercantil, son competentes, no sólo cualquiera de los miembros del órgano de administración –con nombramiento vigente e inscrito en el Registro Mercantil, cuando hubieren sido expresamente facultados para ello en la escritura social o en la reunión en que se hayan adoptado los acuerdos– y los apoderados facultados para ello, aunque se trate de poder general para todo tipo de acuerdos en los términos establecidos por la norma reglamentaria, sino también las personas que tengan facultad para certificar los acuerdos de que se trate.

En los casos en que el otorgamiento de la escritura de formalización de acuerdos sociales adoptados por la junta general no tiene como base un documento separado en que el órgano de administración certifique el contenido del libro registro de socios, esta Dirección General –como ha quedado antes expuesto– ha reconocido virtualidad para servir de base de dicho otorgamiento a la manifestación que sobre el contenido del libro registro realice en la propia escritura quien, como órgano de administración, es competente para la llevanza y custodia de dicho libro (cfr. artículo 105.1 de la Ley de Sociedades de Sociedades de Capital), máxime si se tiene presente que la función de garantía que se atribuye a la certificación expedida por el órgano de administración o la persona competente (fundada en que, no obstante tratarse de un documento privado, la atribución de la facultad certificante a quienes desempeñan funciones de gestión y representación de la sociedad permite, para el caso de incorrecto ejercicio de aquélla,

aplicar el especial régimen de responsabilidad de los administradores, en su caso, aparte la eventual reacción por vía penal) queda cumplida con mayores garantías de autenticidad y legalidad, por la manifestación directa que la persona legitimada para ello realice directamente ante el notario autorizante de la escritura que documente los acuerdos sociales.

En algún caso concreto esta Dirección General (Resolución de 23 de enero de 2015) ha estimado inscribible una escritura de adopción de acuerdos sociales relativos a cese y nombramiento de administrador, cambio de domicilio social y declaración de cambio del socio único otorgada por el administrador nombrado en esta escritura por el nuevo socio único sin la concurrencia de la administradora saliente y antigua socia única. Y en tal caso puso de relieve lo siguiente:

«7. Solo falta determinar si la presentación del título de adquisición de las participaciones sociales que suponen la totalidad del capital social, son garantía absoluta de la realidad y legitimidad vigente de esa titularidad del socio único asistente a la junta. Ciertamente, no se pueden poner en duda los efectos de la escritura pública como título legitimador de propiedad y en este caso, el asiento registral de socio único no tiene eficacia más que de mera publicidad. También es cierto que la situación de titularidad podría haberse modificado posteriormente por otras transmisiones, pero la presunción de legitimidad y propiedad de las participaciones sociales, mientras no se desvirtúe, está a favor del titular escriturario. El párrafo segundo del artículo 174 del Reglamento Notarial establece: “En los títulos o documentos presentados o exhibidos al Notario con aquel objeto, y al margen de la descripción de la finca o fincas o derechos objeto del contrato, se pondrá nota expresiva de la transmisión o acto realizado, con la fecha y firma del Notario autorizante. Cuando fueren varios los bienes o derechos, se pondrá una sola nota al pie del documento”. En consecuencia, si el notario autorizante de la escritura de protocolización ha tenido a su vista el título que acredita esa titularidad del socio único, y en el mismo no existe nota de transmisión posterior, es suficiente la acreditación para la celebración de la junta en la que se toman los acuerdos que se contienen en el documento que se presenta a inscripción».

Este último criterio no es aplicable al presente supuesto, toda vez que, a diferencia de lo que acontece con el socio único, los socios de una sociedad pluripersonal no tienen atribuida colectivamente facultad para certificar acuerdos sociales ni para elevarlos a público (cfr. artículos 108 y 109 del Reglamento del Registro Mercantil). Por ello, aunque es posible que una escritura de elevación a público de acuerdos sociales tenga como base el acta de la junta aun cuando en ésta no conste la firma del administrador (cfr. artículos 202 de la Ley de Sociedades de Capital y 97, 98, 99, 102, 107, 112 y 113 del Reglamento del Registro Mercantil), tal circunstancia no permite admitir que la inscripción en el Registro se realice teniendo como base una escritura como la calificada en que los dos únicos socios, sin intervención alguna de persona que tenga facultad certificante o para elevar a público acuerdos sociales, se constituyan en junta general y adopten los acuerdos de que se trata.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación impugnada.

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, 21 de noviembre de 2019.—El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.