

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**14645** *Resolución de 20 de noviembre de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora mercantil IV de Alicante, por la que se suspende la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos sociales.*

En el recurso interpuesto por don M. A. G. M., como administrador de la sociedad «Café Moai, SL», contra la nota de calificación extendida por la registradora Mercantil IV de Alicante, doña María del Pilar Planas Roca, por la que se suspende la inscripción de una escritura de elevación a público de acuerdos sociales.

#### Hechos

I

Por escritura, de fecha 25 de mayo de 2017, autorizada por la notaria de Benidorm, doña María José Quesada Callejón, se elevaron a público los acuerdos de cese y nombramiento de administrador único adoptados en la junta general de la sociedad «Café Moai, SL», celebrada el día 23 de mayo de 2017. Del certificado emitido por el hoy recurrente con fecha 25 de mayo de 2017, y que constaba incorporado a la escritura, resultó que la junta fue convocada por el Registro Mercantil de Alicante, mediante resolución de fecha 20 de abril de 2017, en la que se acordó que fuera celebrada el día 23 de mayo de 2017 y en la que igualmente se determinó el orden del día con requerimiento a los dos únicos socios, doña M. M. M. G., en su calidad de administradora, y don M. A. G. M. para su comparecencia. Resulta del certificado que solo compareció el hoy recurrente, que se declaró válidamente constituida la junta, que se acordó el cese de la actual administradora y el nombramiento de don M. A. G. M. como administrador único, aceptando el cargo en el mismo acto. En la propia escritura el compareciente hizo constar que la falta de depósito de las cuentas de la sociedad correspondientes al ejercicio 2012 y siguientes fue debido a la falta de aprobación por la junta general y que, como consecuencia, y de conformidad con el artículo 378.5 del Reglamento del Registro Mercantil, solicitaba el levantamiento del cierre registral. Se acompañó a la anterior acta autorizada por el notario de Benidorm, don Luis María Sánchez Bernal, el día 22 de mayo de 2017, por la que el hoy recurrente le requirió para que compareciese en su compañía en la junta general convocada por el Registro Mercantil de Alicante a efecto de recoger sus manifestaciones y levantar acta de la junta. Mediante diligencia, de fecha 23 de mayo de 2017 el notario autorizante hizo constar, entre otras cuestiones ajenas al objeto de este expediente, que compareciendo exclusivamente el socio hoy recurrente, se constituyó la junta siendo el presidente el único socio presente y designándose secretario al propio notario que suscribe la diligencia. De la diligencia resultó que, entre otros acuerdos, se acordaba el cese de la actual administradora única y el nombramiento del socio, hoy recurrente. Consta protocolizada la resolución de fecha 20 de abril de 2017 del registrador Mercantil III de Alicante, don Francisco José Salvador Campderá, por la que acordaba estimar la solicitud del socio don M. A. G. M. y convocar la junta de la sociedad «Café Moai, SL», a celebrar el día 23 de mayo de 2017, especificaba el orden del día y designaba presidente al propio solicitante y secretario al notario de Benidorm, don Ángel Manuel Puras Ripollés.

## II

Presentada la referida documentación en el Registro Mercantil de Alicante, fue objeto de la siguiente nota de calificación: «Registro Mercantil de Alicante. Nota de calificación. El registrador Mercantil que suscribe, 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 conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: Hechos: Diario/Asiento: 326/303 F. Presentación: 26/06/2017. Entrada: 1/2017/13.275,0. Sociedad: “Café Moai, SL”. Autorizante: Quesada Callejón, María José Protocolo: 2017/394 de 25/05/2017 En unión de: 01.–Acta autorizada por el notario Sánchez Bernal, Luis María con fecha 22 de mayo de 2017, Número 671/2017 de su protocolo de Benidorm. Fundamentos de Derecho (defectos): 1.–La junta celebrada no ha cumplido los requisitos previstos por la resolución dictada el día 20 de abril de 2017 por el Registrador Mercantil, sobre convocatoria de la junta, ya que en la misma se estableció que el secretario de la junta debía ser don Ángel Manuel Puras Ripolles (artículo 170 Ley de Sociedades de Capital). 2.–No consta el sistema y fecha de aprobación del acta, ya que el acta de notificación y requerimiento que se acompaña no puede tener la consideración de acta notarial, toda vez que el requerimiento de la presencia del notario para levantar acta de la junta general es competencia reservada por la ley al órgano de administración con carácter exclusivo. Artículos 101 y 112.1 RRM y 203 LSC y Resolución de la DGRN, de 20 de septiembre de 2000. 3.–La sociedad no ha depositado las cuentas anuales de los ejercicios 2013, 2014 y 2015, por lo que se encuentra en situación de cierre registral. Artículos 282 R.D.L. 1/2010 de la Ley de Sociedades de Capital y 378.1 del Reglamento del Registro Mercantil. La manifestación realizada por don M. A. G. M., de conformidad con el artículo 378.5 Reglamento Registro Mercantil, no puede tenerse por válida a los efectos de producir el levantamiento del cierre registral, toda vez que el acta de notificación y requerimiento que se acompaña no tiene la consideración de acta notarial de la junta como resulta del punto 2 de esta nota. En relación con la presente calificación: (...) Alicante, a 12 de julio de 2017 (firma ilegible y sello del Registro con el nombre y apellidos de la registradora) El registrador número 4».

## III

Contra la anterior nota de calificación, don M. A. G. M., como administrador de la sociedad «Café Moai, SL», interpuso recurso en virtud de escrito, de fecha 12 de agosto de 2017, en el que consta sello de imposición del Servicio de Correos de fecha 18 de agosto de 2017, y con entrada en el Registro Mercantil de Alicante el día 21 de agosto de 2017. En dicho escrito alega, resumidamente, lo siguiente: Primero.–Que la resolución impugnada constituye un absurdo administrativo y jurídico pues se basa en la afirmación de que el requerimiento para la presencia de notario solo puede ser efectuado por el administrador de la sociedad; Que dicha presencia fue solicitada por el propio registrador Mercantil de Alicante que ordenó la convocatoria, por lo que de aceptarse el argumento serían nulos los artículos 169 y 170.2 de la Ley de Sociedades de Capital, y Que si resulta que el documento autorizado por el notario presente no tiene valor como documento público, cabe concluir que ha sido objeto de engaño por la Dirección General de los Registros y del Notariado que ordenó que se celebrara la convocatoria de junta y por el registrador Mercantil que ejecutó la orden, pues solo la administradora podría haber designado el notario; Segundo.–Que, de lo anterior, resultaría que la convocatoria siempre va a ser inútil al resultar siempre nulas las escrituras del notario no designado por el administrador, y Que, de ser ciertas las afirmaciones de la nota, resulta materialmente imposible que una mercantil pueda celebrar junta, aunque lo ordene el Registro; Tercero.–Que los fundamentos de Derecho de la calificación no respaldan su contenido, pues del artículo 101 del Reglamento del Registro Mercantil no resulta que el notario solo pueda ser requerido por los administradores, ni del artículo 112.1 resulta tampoco dicha circunstancia. El artículo 203 de la Ley de Sociedades de Capital hace referencia a una junta convocada por el propio administrador, mientras que en el supuesto de hecho fue convocada por el

Registro que es quien hace las veces de administrador y quien requiere la presencia de notario, y Que la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de septiembre de 2000 exceptúa los supuestos de convocatoria judicial de junta, así como la de 21 de septiembre de 2000; Cuarto.—Que, en cumplimiento de la resolución del registrador, se puso en contacto con el notario designado, quien le comunicó la imposibilidad de asistir a la junta por no ser ya notario de la ciudad de Benidorm, señalándole al notario que finalmente actuó como delegado del distrito; Que acompaña los distintos correos electrónicos de los que resulta lo anterior; Que, del artículo 170 de la Ley de Sociedades de Capital, no resulta que el notario actuante haya de ser necesariamente el designado por el registrador, pues ello supone una discriminación arbitraria como si unos notarios fueran mejores que otros, y Que la legalidad de la actuación del notario se fundamenta en los artículos 50, 51 y 52 del Reglamento Notarial, y Quinto.—Que las continuas trabas y dilaciones que se están ocasionando le suponen un perjuicio, de modo que solicita que se ordene su inscripción en el Registro Mercantil, la de cese de la anterior administradora, así como la apertura del folio registral o, subsidiariamente, el reintegro de los gastos realizados hasta la fecha.

#### IV

La registradora emitió informe el día 12 de septiembre de 2017, ratificándose en su calificación, y elevó el expediente a este Centro Directivo, señalando la intempestividad del recurso al haber transcurrido el plazo de un mes para su interposición. Resulta lo anterior del traslado de impresión de pantalla del programa de gestión del Registro Mercantil del que resulta que la calificación fue notificada en persona al presentante y hoy recurrente en fecha 17 de agosto de 2017. Del informe resulta que, notificada la notaria autorizante del título calificado del recurso interpuesto, la misma no realizó alegaciones.

#### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 159, 164, 168, 169, 170, 179, 180, 181 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; 101, 102, 103, 104 y 105 del Reglamento del Registro Mercantil; la Resolución de consulta de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de noviembre de 2015 sobre diversas cuestiones relativas a la convocatoria de junta general de socios por registradores mercantiles en el ámbito de los artículos 169, 171 y 191 de la Ley de Sociedades de Capital, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de enero de 1985, 27 de febrero de 1986, 20 de septiembre de 2000, 10 de abril de 2001, 3 de mayo de 2002, 3 de enero de 2004, 19 de julio de 2011, 19 de julio de 2012, 28 de agosto de 2013 y 17 de mayo de 2016.

1. Constituye el objeto de este expediente determinar si convocada junta general de socios por resolución del registrador Mercantil en la que señala que en la misma debe actuar como secretario determinado notario designado por su nombre y apellidos, es inscribible la escritura de elevación a público de acuerdos sociales cuando resulta que es otro notario el requerido y el que actúa como secretario. A juicio de la registradora Mercantil, al no actuar como secretario el designado en la resolución del registrador Mercantil sobre convocatoria de junta, no procede la inscripción lo que impide a su vez la apertura del folio cerrado como consecuencia de la falta de depósito de cuentas; afirma igualmente que, al no haber actuado por designación de la administración social, el acta levantada carece de la condición de acta de junta.

El recurrente, que utiliza un lenguaje en su escrito de recurso absolutamente impropio y que desborda por completo el ejercicio del derecho de defensa al imputar conductas incluso de índole penal, afirma que la actuación de otro notario distinto al designado fue debida al traslado de éste, como acredita con determinada documentación y que, en cualquier caso, la actuación del notario en la junta está amparada por el ordenamiento.

2. Con carácter previo a la resolución del fondo del asunto, se plantean distintas cuestiones de índole formal de las que es preciso conocer con anterioridad y que se refieren a la posible extemporaneidad de la presentación del escrito de recurso, a la presentación de documentación complementaria al escrito de recurso y a la pretensión de que se aprecie, en caso de desestimación del recurso, la procedencia de la reintegración de gastos e indemnización de daños y perjuicios.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, la registradora sostiene en su informe que el recurrente recibió la notificación de la calificación negativa en fecha 17 de agosto de 2017 y que el escrito de recurso no se remitió, vía servicio postal, hasta el día 18 de septiembre del presente año, fuera del plazo establecido en el artículo 326 de la Ley Hipotecaria. Acredita lo anterior mediante impresión de pantalla del programa de gestión del Registro Mercantil de Alicante del que resulta un apunte informático de notificación presencial al presentante en la fecha expresada.

Esta Dirección General no puede compartir el criterio de la registradora. Como resulta del artículo 322 de la Ley Hipotecaria: «La calificación negativa del documento o de concretas cláusulas del mismo deberá notificarse al presentante y al Notario autorizante del título presentado y, en su caso, a la autoridad judicial o al funcionario que lo haya expedido. Dicha notificación se efectuará de conformidad con lo previsto en los artículos 58 y 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común».

De conformidad con 41.1 de la vigente Ley 39/2015, de 1 octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas: «Las notificaciones se practicarán preferentemente por medios electrónicos y, en todo caso, cuando el interesado resulte obligado a recibir las por esta vía. No obstante lo anterior, las Administraciones podrán practicar las notificaciones por medios no electrónicos en los siguientes supuestos: a) Cuando la notificación se realice con ocasión de la comparecencia espontánea del interesado o su representante en las oficinas de asistencia en materia de registro y solicite la comunicación o notificación personal en ese momento».

Y más adelante continúa el precepto citado: «Con independencia del medio utilizado, las notificaciones serán válidas siempre que permitan tener constancia de su envío o puesta a disposición, de la recepción o acceso por el interesado o su representante, de sus fechas y horas, del contenido íntegro, y de la identidad fidedigna del remitente y destinatario de la misma. La acreditación de la notificación efectuada se incorporará al expediente».

Por su parte el artículo 41.3 establece que: «En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, la notificación se practicará por el medio señalado al efecto por aquel. Esta notificación será electrónica en los casos en los que exista obligación de relacionarse de esta forma con la Administración. Cuando no fuera posible realizar la notificación de acuerdo con lo señalado en la solicitud, se practicará en cualquier lugar adecuado a tal fin, y por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción por el interesado o su representante, así como de la fecha, la identidad y el contenido del acto notificado».

De la regulación legal resulta que es responsabilidad de la Administración actuante dejar constancia de la recepción o puesta a disposición de la notificación, así como de la identidad del destinatario para poder dar por realizada la notificación. No resulta así en el presente expediente en el que ni resulta acreditada debidamente la identidad del destinatario ni el hecho mismo de la entrega de la notificación. La existencia de un mero apunte informático, sin otro respaldo, no permite tener por cierto el hecho de la notificación en términos tales que prive al ahora recurrente de su derecho. Como afirmara la Resolución de 10 de diciembre de 2013 el derecho de los ciudadanos a recurrir debe prevalecer cuando existan dudas y no resulte acreditado, en la forma legalmente determinada y de modo indubitado, que el ejercicio de su derecho es extemporáneo.

Por lo que se refiere a la segunda cuestión previa, es preciso recordar, una vez más, que de conformidad con el artículo 326 de la Ley Hipotecaria es continua doctrina de esta Dirección General (por todas, Resolución de 25 de julio de 2017, basada en el contenido del artículo y en la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, Sentencia de 22 de mayo de 2000), que el objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la

Propiedad o Mercantil es exclusivamente la determinación de si la calificación es o no ajustada a Derecho.

Enlazando con lo anterior, también ha afirmado reiteradamente este Centro Directivo, en base al mismo fundamento legal (por todas, Resoluciones de 23 de diciembre de 2010, 7 de septiembre de 2015, 14 de diciembre de 2016 y 17 de febrero de 2017), que en la tramitación del expediente de recurso no pueden ser tomados en consideración documentos no calificados por el registrador (y que han sido aportados al interponer el recurso). En consecuencia, no procede llevar a cabo un pronunciamiento en relación a documentos que no se pusieron a disposición del registrador de la Propiedad o Mercantil al tiempo de llevar a cabo su calificación sin perjuicio de que llevándose a cabo una nueva presentación se adopte un nuevo acuerdo de calificación en el que se haga referencia a dichos documentos (vid. artículo 108 del Reglamento Hipotecario).

Por último, y con fundamento en el mismo artículo 326 de la Ley Hipotecaria, no se realizará en el ámbito de este expediente, pronunciamiento alguno sobre la pretensión del recurrente de que se adopten medidas disciplinarias o de que se le reconozca un crédito por gastos realizados o por daños y perjuicios. Las cuestiones anteriores tienen su amparo en los procedimientos previstos en el ordenamiento (vid. artículos 296 y siguientes y 313 y siguientes de la Ley Hipotecaria), respecto de los que el recurrente tiene abierta la posibilidad, si lo estima oportuno, de ejercer la defensa de su posición jurídica.

3. Entrando en la cuestión que constituye el objeto de la presente, para su debida contestación es preciso analizar la previsión contenida en el artículo 170.2 de la Ley de Sociedades de Capital relativa a la designación de secretario en los supuestos en que la junta general de socios sea convocada por el registrador Mercantil.

Dice así el precepto: «El Registrador mercantil procederá a convocar la junta general en el plazo de un mes desde que hubiera sido formulada la solicitud, indicará el lugar, día y hora para la celebración, así como el orden del día y designará al presidente y secretario de la junta».

Esta Dirección General ha afirmado (*vide* Resoluciones de 7 y 9 de marzo, 25 de abril y 6 de mayo de 2016, en sede de recursos en procedimientos de jurisdicción voluntaria), que la decisión del registrador Mercantil declarando la procedencia de la convocatoria de junta general no tiene el carácter de calificación registral, sino que es un acuerdo adoptado por quien en este procedimiento regulado en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil es la autoridad pública competente para resolver la solicitud (Resoluciones de 13 de enero de 2011 y 10 de julio de 2013, entre otras). De aquí se derivan importantes consecuencias como son el escaso rigorismo formal del procedimiento (por todas, Resolución de 21 de julio de 2010), la existencia de un sistema de recursos distinto del previsto para la calificación registral, y la aplicación subsidiaria de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (hoy, Ley 39/2015, de 1 octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), en lo no previsto por una norma específica.

La atribución competencial al registrador Mercantil procede de la reforma que de la Ley de Sociedades de Capital llevó a cabo la disposición final decimocuarta de la Ley 15/2015, de 2 julio, de la Jurisdicción Voluntaria y se fundamenta, como recoge su Exposición de Motivos en que: «La Ley de la Jurisdicción Voluntaria no se justifica solo como un elemento más dentro de un plan de racionalización de nuestro ordenamiento procesal civil. Tampoco como un simple cauce de homologación legislativa con otras naciones. La Ley de la Jurisdicción Voluntaria debe ser destacada, además, como contribución singular a la modernización de un sector de nuestro Derecho que no ha merecido tan detenida atención por el legislador o los autores como otros ámbitos de la actividad judicial, pero en el que están en juego intereses de gran relevancia dentro de la esfera personal y patrimonial de las personas».

De acuerdo con la atribución competencial, cuando se ponga de manifiesto el incumplimiento del deber que incumbe a los administradores de sociedades de capital de convocar junta general ordinaria (artículo 164 de la Ley de Sociedades de Capital), o extraordinaria (artículo 168 de la propia Ley), corresponde al registrador Mercantil (además



de al letrado de la Administración de Justicia), llevarla a cabo a solicitud de quien ostente la debida legitimación (artículo 169).

El interés que se trata de proteger es por tanto ya el que ostentan los socios para que se celebre la junta general ordinaria con el fin de, en su caso, «aprobar la gestión social, las cuentas del ejercicio anterior y resolver sobre la aplicación del resultado» (artículo 164), ya el de la minoría a que se convoque junta general extraordinaria para debatir sobre aquellos «asuntos que hubiesen sido objeto de solicitud» (artículo 168).

La salvaguarda de tal interés justifica que la competencia del registrador Mercantil se extienda no solo a la determinación del «lugar, día y hora para la celebración, así como el orden del día», a la vista de la solicitud del legitimado, sino también a la designación de quienes hayan de actuar como presidente y secretario de la junta general, constituyendo una excepción a la previsión del artículo 191 de la propia Ley de Sociedades de Capital. Resulta patente que la finalidad de la extensión de la competencia a la designación de presidente y secretario tiene como objetivo garantizar, en la medida de lo posible, que aquél legítimo interés no quede defraudado por quienes en otras condiciones podrían ostentar tal posición en la junta a celebrar (vid. Resoluciones de 28 de agosto de 2013 y 17 de mayo de 2016).

4. Llegamos así a lo que constituye el núcleo del objeto de este expediente. Cuando el registrador Mercantil, de oficio o a solicitud del requirente, designa como secretario a un notario cabe preguntarse si el acta redactada en ejercicio de su obligación como tal secretario, constituye acta notarial de junta en el sentido previsto en el artículo 203 de la Ley de Sociedades de Capital. De la regulación legal resulta que: «1. Los administradores podrán requerir la presencia de notario para que levante acta de la junta general y estarán obligados a hacerlo siempre que, con cinco días de antelación al previsto para la celebración de la junta, lo soliciten socios que representen, al menos, el uno por ciento del capital social en la sociedad anónima o el cinco por ciento en la sociedad de responsabilidad limitada. En este caso, los acuerdos solo serán eficaces si constan en acta notarial».

De acuerdo a la interpretación literal del precepto solo los administradores tienen la potestad y obligación de requerir la presencia de notario a fin de que levante acta de junta con el valor previsto en su número 2: «El acta notarial no se someterá a trámite de aprobación, tendrá la consideración de acta de la junta y los acuerdos que consten en ella podrán ejecutarse a partir de la fecha de su cierre».

No obstante, una lectura más atenta de la situación provocada por la solicitud de convocatoria de junta general, aconseja mantener la postura contraria por los siguientes motivos: a) cuando el registrador Mercantil designa a un notario para actuar de secretario lo hace en cuanto tal notario; es decir, en cuanto «funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales»; de lo anterior resulta que el designado ostentará las facultades propias para ejercer como tal en el desarrollo de la junta general de conformidad con la previsión del artículo 102 del Reglamento del Registro Mercantil. Téngase en cuenta que de otro modo su legitimación para asistir a la junta general de una sociedad de la que no es socio carecería de todo sustento (*vide* artículos 159 y 180 de la Ley de Sociedades de Capital); b) el notario es designado para que actúe como secretario de la junta, es decir, para que redacte el acta con el contenido previsto en el artículo 97 del Reglamento del Registro Mercantil y con las señaladas especialidades de su artículo 102 en cuanto actúa en su condición de notario. Téngase en cuenta que, a diferencia del notario presente en la junta para dar fe de hechos o acontecimientos concretos de la junta (artículo 105.1 del Reglamento del Registro Mercantil), el notario que actúa como secretario lo hace para plasmar el conjunto de hechos que conforman la junta general; consecuentemente, el contenido del acta notarial llevada a cabo por el notario secretario debe desenvolver los mismos efectos que cuando los administradores le requieren, por iniciativa propia o de la minoría, para que levante acta notarial del conjunto de hechos que se producen en la junta convocada (artículo 203 de la Ley de Sociedades de Capital en relación al 102 del Reglamento del Registro Mercantil), y c) la designación que lleva a cabo el registrador Mercantil en ejercicio de su competencia tiene como finalidad la protección de los intereses de los socios a que se celebre junta general y a que su resultado, en su caso, desenvuelva los efectos previstos

en el ordenamiento. De aquí, como queda dicho, que se extienda al nombramiento de presidente y secretario. En este contexto de protección de intereses de los socios y siendo el registrador el que asume la competencia de convocar la junta y de fijar su lugar de celebración, su fecha, así como el orden del día es perfectamente admisible afirmar que la competencia atribuida para designar secretario incluye la de designación de notario para que levante el acta de la junta, acta que por sus características y por la ausencia de necesidad de aprobación, amplia y perfecciona la protección solicitada. Piénsese que, de otro modo, la presencia de notario a fin de levantar acta de la junta podría devenir imposible al deberse requerir a un órgano de administración que ya ha acreditado el incumplimiento de sus obligaciones legales.

En definitiva, que siendo la designación de notario para que levante acta a instancia de la minoría una medida protectora de los socios en general, resulta del todo razonable entender que la autoridad que lleva a cabo la convocatoria de la junta, en protección igualmente del interés de los socios, puede designar notario para que actúe como secretario de suerte que el acta que levante en ejercicio de su función tendrá el carácter de acta de la junta a los efectos del artículo 203 de la Ley de Sociedades de Capital. Debe tenerse en cuenta que, en puridad, en casos como el presente la designación del notario como secretario de la junta se realiza para que redacte y firme el acta de la junta, y no para que elabore la lista de asistentes, asista al presidente y realice los restantes cometidos propios del cargo de secretario. Es evidente que se trata de que, al ser un instrumento público esa acta redactada y firmada por el notario, queden bajo la fe pública los hechos consignados en la misma. De este modo, tratándose de acta notarial de junta, no puede desconocerse que el desarrollo del proceso decisorio del órgano soberano de la sociedad consta en un documento público que, por la imparcialidad del notario, comporta una garantía para la protección de los derechos de la minoría, en cuanto se consigna en dicho título no solo las posibles irregularidades de ese proceso sino también, en su caso, las reservas u otras manifestaciones relevantes de los socios con el fin de facilitar la impugnación de los acuerdos viciados. Asimismo, al atribuirse a dicho documento notarial el valor de acta de la junta conforme a la Ley, queda sustraída al control de quien actúa de presidente de aquélla y de los órganos sociales certificantes, por lo que implica una garantía adicional a favor de la minoría frente a los posibles abusos de todos aquéllos (cfr. artículo 203.2 de la Ley de Sociedades de Capital).

En casos en que la convocatoria registral de la junta se encuentre motivada por la inactividad del órgano del administrador debe considerarse fundado que la solicitud de los socios, conforme al artículo 203.1 de la Ley de Sociedades de Capital, para requerir la presencia de notario para que levante acta de la junta general, se dirija no ya a los administradores sino al registrador encargado de decidir sobre la convocatoria de la junta; y la misma significación debe darse a la designación del notario como «secretario».

5. Determinado lo anterior corresponde analizar la relevancia que tiene el hecho de que el notario actuante no es aquél designado en la resolución de convocatoria sino otro distinto. Para el supuesto de presidente designado por un juez (de acuerdo al tenor del entonces vigente artículo 169 de la Ley de Sociedades de Capital), este Centro Directivo entendió en su Resolución de 3 de mayo de 2002, que únicamente en el caso de que la designación hubiera sido hecha con carácter personalísimo podía entenderse que la ausencia del designado conllevaba la imposibilidad de celebración de la junta. Cuando la designación se había realizado sin aquel carácter, esta Dirección General entendió que la actuación de otra persona por causa justificada no podía afectar ni a la válida constitución ni a la validez de la propia junta por entender que el interés de los socios a que la junta se celebrase debía prevalecer sobre la designación nominal.

Idéntico razonamiento cabe llevar a cabo por lo que se refiere a la designación del secretario o a la designación de notario secretario. Si actúa como secretario de la junta una persona distinta a la designada por el registrador Mercantil en su resolución de convocatoria, debe prevalecer el interés del solicitante de convocatoria de junta de modo que, acreditada la justa causa que justifique la sustitución, no debe existir impedimento a

la constitución de la mesa de la junta general (a salvo siempre el supuesto de que resulte de la convocatoria el carácter personalísimo de la designación).

6. Aplicadas las consideraciones expuestas al supuesto de hecho que provoca la presente el recurso debe prosperar, si bien por los motivos expresados y no por los que el recurrente incorpora a su escrito que desenfocan por completo las cuestiones derivadas de la situación fáctica.

La resolución de calificación de la registradora no discute el carácter de documento público del acta presentada junto a la escritura de elevación a público de los acuerdos adoptados. Tampoco se discute la competencia de cualquier notario con competencia territorial para actuar en ejercicio de su función y mucho menos se afirma que unos notarios ostenten competencias materiales distintas a otros. Lo único que discute la nota de defectos es si el acta levantada por el notario en ejercicio de su competencia tiene o no la consideración de acta de junta general, en el sentido del artículo 203 de la Ley de Sociedades de Capital, cuando se da la circunstancia que su designación no ha sido llevada a cabo por el administrador de la sociedad.

Aclarado lo anterior, esta Dirección General estima el recurso por las razones expuestas más arriba por cuanto resulta del supuesto de hecho: que el registrador Mercantil designa como secretario de la junta a un notario determinado; que la designación se hace en contemplación a su condición de notario; que el acta autorizada como consecuencia de la intervención como secretario de la junta tiene el concepto de acta de junta en el sentido del artículo 203 de la Ley de Sociedades de Capital.

Es cierto que en el supuesto de hecho el registrador Mercantil lleva a cabo la designación en la persona de un notario que designa por su nombre y apellidos y es cierto también que en la documentación presentada para su inscripción y en la que basó la registradora su calificación no consta dato alguno que indique el motivo o razón por la que actúa un notario en sustitución del designado por el registrador en su resolución de convocatoria. Ha sido en fase de recurso cuando el recurrente ha puesto de manifiesto que el notario primeramente designado dejó de prestar su ministerio en la circunscripción territorial donde debía celebrarse la junta y que esto motivó que el instante de la convocatoria se dirigiese a otro notario con competencia territorial en dicho lugar. Es decir, es evidente que la registradora Mercantil no dispuso de esta información en el momento de emitir su calificación como es evidente, como quedó explicado más arriba, que esta Resolución no puede fundamentarse en dicha circunstancia.

Lo que ocurre, en este supuesto particular, es que como queda sobradamente razonado la designación de una persona física como secretario de la junta fue realizada ex officio, por razón de su condición de notario con competencia territorial en el lugar de celebración de la junta general; es por tanto la condición de notario competente la que prima sobre la persona física concreta a la que se designa. De aquí que, aunque no resulte de la documentación presentada a calificación, el motivo por el que actuó un notario en el lugar designado, lo trascendental es que actuó un notario competente para hacerlo cumpliendo así la designación llevada a cabo por el registrador. Estando designado como secretario de la junta general un notario, siendo la competencia funcional de todos los notarios idéntica como idéntica es la exigencia de independencia, imparcialidad y profesionalidad que a los mismos incumbe, no existe inconveniente en aceptar la actuación de un notario distinto al designado por el registrador Mercantil dado que no resulta ni su designación con carácter personalísimo, ni su designación en cuanto a persona física desligada de su condición de notario.

La apreciación del motivo de recurso hace innecesario entrar en el análisis de la última cuestión planteada por la nota de la registradora Mercantil por estar basada en la apreciación de que el acta presentada a calificación no tenía la condición de acta de junta.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación de la registradora.



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, de 27 de diciembre, y los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 20 de noviembre de 2017.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.