

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

22473 *Resolución de 11 de octubre de 2023, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora mercantil VI de Madrid a inscribir la escritura de elevación a público de acuerdos de la junta general de una sociedad.*

En el recurso interpuesto por don J. A. M. T., abogado, en nombre y representación de la sociedad «Human Mobility, SA», contra la negativa de la registradora Mercantil VI de Madrid, doña María Victoria Arizmendi Gutiérrez, a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos de la junta general de dicha sociedad.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 17 de mayo de 2023 por don Luis Alejandro Pérez-Escolar Hernando, notario de Madrid, con el número 1.730 de protocolo, se elevaron a público determinados acuerdos adoptados el día 13 de abril de 2023 por la junta general de la sociedad «Human Mobility, SA». Dicha escritura tenía como base una certificación expedida por el secretario del consejo de administración con el visto bueno del presidente.

II

Presentada el día 22 de mayo de 2023 dicha escritura en el Registro Mercantil de Madrid, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«María Victoria Arizmendi Gutiérrez, registradora mercantil de Madrid, previo el consiguiente examen y calificación, de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil y habiéndose dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15.2 de dicho Reglamento, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho:

Hechos.

Diario/Asiento: 3342/390.

F. presentación: 22 de mayo de 2023.

Entrada: 1/2023/83.069,0.

Sociedad: Human Mobility SA.

Autorizante: Pérez-Escolar Hernando Luis.

Protocolo: 2023/1730 de 17 de mayo de 2023.

1. Constando en el Registro una anotación preventiva de solicitud de acta notarial de la junta general de 13 de abril de 2023, dicha acta notarial es requisito imprescindible para la eficacia de los acuerdos y su inscripción en el Registro Mercantil.–(Artículo 104 Reglamento del Registro Mercantil y Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 1 de marzo de 2023, entre otras).

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

Madrid, a 25 de mayo de 2023.»

La notificación de la calificación se remitió al notario autorizante y al presentante con fecha 30 de mayo de 2023 y el día 2 de junio de 2023 se retiró.

Se volvió a presentar dicha escritura el día 2 de junio de 2023, con el número de entrada 1/2023/90.741, junto con copia de acta autorizada por la notaria de Alorcón, doña María del Carmen Ruiz de Adana Jurado, instada el día 13 de abril de 2023, en la que constaba que al inicio de la reunión (después de que el presidente, después de dar por válidamente constituida la junta, antes de que éste pudiera dar lectura al primer punto del orden del día, y ante determinadas manifestaciones de uno de los asistentes) dicha notaria expresaba lo siguiente: «Ante el contenido de tal intervención, pido la palabra al señor presidente y resumidamente indico a la Junta que, haciendo caso "literal" a lo solicitado expresa y especial del representante del señor (...), el cual como es habitual, suele pedir una cosa y la contraria, y ambas con amenazas, doy por concluida mi intervención en presente Junta». Añade: «El señor Presidente, asistido por el letrado, aceptan y manifiestan comprender mi decisión, y me piden que continúe presente, pero levantando no Acta de la Junta sino Acta de Presencia y Referencia, tal y como, por razones similares ya hicimos en la Junta anterior (...) Acepto hacerlo así. Vuelve a entrar en la sala el señor (...) a quien el Presidente comunica la decisión adoptada: continuar con la Junta y levantar Acta de Presencia y Referencia».

Dichos documentos fueron objeto de calificación en los siguientes términos:

«María Victoria Arizmendi Gutiérrez, registradora mercantil de Madrid, previo el consiguiente examen y calificación, de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil y habiéndose dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15.2 de dicho Reglamento, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada conforme a los siguientes hechos y fundamentos de derecho:

Hechos.

Diario/Asiento: 3342/390.

F. presentación: 22 de mayo de 2023.

Entrada: 1/2023/90.741,0.

Sociedad: Human Mobility SA.

Autorizante: Pérez-Escolar Hernando Luis.

Protocolo: 2023/1730 de 17 de mayo de 2023.

Fundamentos de derecho (defectos).

1. Se reitera la nota de calificación de 25 de mayo de 2023.—El acta notarial de presencia que se presenta no es un acta notarial de junta, lo que impide practicar la inscripción solicitada.—(Artículo 104 RRM y Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 1 de marzo de 2023, entre otras).

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

Madrid, a 7 de junio de 2023.—La Registradora.»

La notificación se remitió al notario autorizante y al presentante con fecha 13 de junio de 2023 y el día 16 de junio siguiente se retiró.

III

Contra la anterior nota de calificación, don J. A. M. T., abogado, en nombre y representación de la sociedad «Human Mobility SA», interpuso recurso por medio de escrito con entrada en el referido Registro el 13 de julio de 2023. En dicho escrito alega lo siguiente:

«Antecedentes de hecho.

Primero.—Con fecha 17 de mayo de 2023, mediante escritura pública autorizada por el Notario de Madrid don Luis Pérez Escolar, bajo su núm. de protocolo 2023/1730, se elevó a público documento consistente en certificación del acta que consta en los libros de la compañía relativa lo acuerdos que se adoptaron en la Junta General Ordinaria de accionistas que tuvo lugar el pasado 13 de abril de 2023.

Tales acuerdos, en resumen, y según consta en (...) copia de la certificación en cuestión, fueron:

“1.º (...)

2.º Que en el acta figura el nombre y la firma de los accionistas asistentes, quienes acordaron se redactara con posterioridad a la celebración de la Junta, dada su complejidad y firmada conforme dispone el artículo 202 de la LSC.

3.º Que fueron adoptados mayoría de los asistentes que asistieron a la Junta, que se corresponden con el 75% del capital social, los siguientes acuerdos, tomados previa aprobación, por mayoría, del orden del día, coincidente con los acuerdos adoptados, y así, se relacionan los antedichos:

I. Declarar válidamente constituida la junta, aceptando su celebración, conforme el anterior orden del día publicado en los medios oficiales y prensa y notificados individualmente. Se precisa que se requirió la presencia de notario de Alcorcón, en la persona de doña Carmen Ruiz de Adana Jurado que levantó acta de presencia.

II. Se acuerda por mayoría de los asistentes a la Junta, que representan al 75% del capital social aprobar las cuentas anuales consolidadas formuladas por el Consejo de Administración el 23 de diciembre de 2022, correspondientes al ejercicio 2021 y en consecuencia la Memoria, Balance e Informe de gestión, haciendo constar que las cuentas del grupo la compañía se corresponden con las auditadas por Auditor designado por el Registro Mercantil con fecha 12 de julio de 2022, obligación a la que se somete la compañía conforme a las disposiciones legales aplicables, y asimismo que la formulación de las mismas fue firmada por todos los miembros del Consejo de Administración. Se adjuntan como Anexos I las Cuentas aprobadas, así como Memoria, Balance e Informe de gestión aprobados que arrojaron un resultado consolidado del ejercicio 2021 de (...) de beneficio.

E igualmente certifica que, conforme al punto tercero del orden del día.

III. Se acuerda por mayoría de los asistentes que asisten a la Junta, que representan al 75% del capital social aprobar la propuesta de Nombramiento de Moore Ibérica de Auditoría, SLP por el plazo legal.

IV. Se acuerda por mayoría de los asistentes que asisten a la Junta, que representan al 75% del capital social aprobar la propuesta de la implementación de la página web y la delegación en el Consejo de las Facultades de ponerla en marcha, como dice el artículo cuatro de los Estatutos.

V a XIV (...)"

Se facultó a los miembros del órgano de gobierno de modo indistinto para que puedan comparecer ante Notario para elevar a público los acuerdos, así como inscribir los mismos en el Registro Mercantil y para que expresamente puedan solicitar, en su caso, la anotación preventiva o la inscripción parcial de los mismos.

Segundo.—Con fecha 22 de mayo de 2023 fue presentada primera copia de dicha escritura de 17 de mayo de 2023 ante el Registro Mercantil de Madrid, en solicitud de inscripción.

Tercero.—La Sra. Registradora de la Mercantil [sic] de Madrid al calificar la citada escritura pública extendió la una primera nota denegando inscripción de 25 de mayo, a la que se respondió aportando actas de la notario interviniente (de mero requerimiento o de presencia) y de la propia Junta redactada conforme a los extremos revistos en el artículo 202 de la Ley de Sociedades de Capital, que fue nuevamente desestimada para calificación e inscripción por nota de 7 de junio notificada el 12 de ese mes, y que consta al pie de dicho instrumento notarial, haciendo constar de nuevo el defecto de falta de acta notarial requerida por accionista conforme al artículo 203 de la ley citada, y por constar anotación preventiva sobre el particular (...)

Cuarto.—Lo cierto es que recibido requerimiento del accionista Sr. (...) solicitando presencia notarial a los efectos del artículo 203 de la meritada norma, el Consejo de Administración, por medio de su Presidente, el firmante Sr. (...), procede en consecuencia y requiere la notaria de la plaza, doña Carmen Ruiz de Adana Jurada para que comparezca y levante la correspondiente.

Así, el día de la convocatoria, en primera, y estando presente el 100% del capital social, se reúnen en la sede social de la compañía los señores accionistas (don R., representado debidamente), el letrado de la empresa y la Sra. Notaria, como consta en el documento que aportamos (...) y como se recoge en el acta de requerimiento que se deriva de los hechos antecedentes que aquí se refieren, pues se da inicio al acta corno notarial del artículo 203, pero ante las objeciones del Sr. (...), en el acta acreditado como representante de don (...), relativas la presunta nulidad de la convocatoria y otros defectos que constan en sucesivos documentos, todos ellos incorporados debidamente en el que aportamos, la Sra. Notaria compareciente declina continuar con su cometido, pues como manifiesta (...) refiere literalmente, en respuesta a la citada intervención del Sr. (...):

“Ante el contenido de tal intervención, pido la palabra al señor presidente y resumidamente indico a la Junta que, haciendo caso ‘literal’ a lo solicitado expresa y especial del representante del señor (...), el cual como es habitual, suele pedir una cosa y la contraria, y ambas con amenazas, doy por concluida mi intervención en presente Junta.”

Ante esa situación se solicita por parte de la Presidencia permanezca la Sra. Notaria en la Junta pero a los efectos de levantar acta de presencia y referencia, que sirva.

- a) De constancia sobre su presencia corno requerida que fue para cumplir con la petición de presencia para redacción de acta por parte del Sr. (...) y
- b) Como soporte y constancia del transcurso de la Junta a los efectos de la redacción del acta que necesariamente debía seguir a la misma conforme a los términos del artículo 202 de la ley.

Así se verifica y por tanto consta todo ello en la copia del documento referido que aportamos, así como en el acta que en plazo legal se redactó y firmada por los representantes de la mayoría y minoría elegidos en el principio de la Junta, Sres. don (...) y doña (...), como resulta de la copia del acta referida (...)

Quinto.—Cabe decir, por tanto, que, más allá del fondo del asunto, al que cabe dar cauce por la correspondiente impugnación de la junta y de las decisiones que ella se puedan tomar, desde un punto de vista formal, acudió don (...) a la Junta con intención previa de impedir el ejercicio del ministerio de la Sra. Notaria, habiendo solicitado además la anotación preventiva que ahora impide el acceso de los acuerdos al registro, y por tanto asegurándose el resultado pretendido, aun habiendo cumplido el órgano de administración de la compañía con el requerimiento de proporcionar le fedatario requerido. Una valoración conjunta de tales actos del Sr. accionista referido no pueden

sino llevarnos a la conclusión de que actúa con manifiesto abuso de Derecho, por cuanto:

- 1) Requiere presencia notarial que sabe de antemano va a obstaculizar (nos remitimos a las manifestaciones de la Sr. [sic] Ruiz de Adana).
- 2) Ha pedido previamente anotación preventiva.
- 3) Consigue a priori la falta de eficacia de los acuerdos que toma la mayoría.

Sexto.—Entendiendo esta parte que la mencionada nota es improcedente, lo que se señala en términos de estricta defensa toda vez que la Sra. Registradora calificante desconoce los extremos que llevan a esa ausencia, cierta de acta del 203 LSC, es por lo que se formula el presente recurso (...)

A los anteriores hechos les son de aplicación los siguientes

Fundamentos de Derecho.

I. La cuestión que se plantea en el presente recurso consiste en decidir si la escritura que recoge la certificación que confine los acuerdos de la Junta de 13 de abril de 2023, y redactada conforme a los términos del artículo 202 de la LSC debe acceder al Registro Mercantil, constando anotación preventiva de accionista legitimado sobre la necesidad de acta notarial del artículo 203 del mismo cuerpo legal.

II. Todo derecho de carácter subjetivo, se somete a ciertos límites como son la actuación conforme a la buena fe y la prohibición de abuso de derecho. Precisamente dicha prohibición de abuso de derecho está dirigida a evitar un uso inmoderado en el ejercicio de determinados derechos, y que en el ámbito societario puedan escapar del amparo de la cláusula protectora del interés social, En definitiva, la protección y tutela preferente de los intereses colectivos frente a la satisfacción de un derecho individual, en este caso el de información del accionista.

III. El Tribunal Supremo sobre la figura del abuso de derecho, en particular, en el ámbito societario, se ha pronunciado en numerosas ocasiones (véanse las Sentencia n.º 666/2002, 2 de julio de 2002 (RJ 20025834); STS n.º 1169/2000, de 21 de diciembre de 2000, (RJ 2001/1082); STS n.º 455/2001, de 16 de mayo de 2001 (RJ20016212); y, STS n.º 21/2005, de 28 de enero de 2005 (RJ 20051829) sobre los requisitos que deben concurrir para la apreciación de abuso de derecho. Entendemos que constan en este caso los requisitos que esta doctrina señala:

a. El uso de un derecho objetivo y externamente legal, en cuanto a uso de la prerrogativa de petición de presencia notarial.

b. Daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica, como es la consecuencia de la acción del accionista en cuestión, a saber, la ineficacia de determinados acuerdos de la Junta.

c. Inmoralidad o antisocialidad del daño, manifestada en forma subjetiva, es decir, que el derecho se ejercite con intención de dañar o sin verdadero interés en ejercitarlo -ausencia de interés legítimo-, o en forma objetiva, mediante el ejercicio anormal del derecho, de manera contraria a los fines económico-sociales del mismo, tal que el conocimiento previo de que la solicitud de notario atendida por el Órgano de Gobierno va a ser baladí porque el mismo solicitante va a impedir su ejercicio formalmente, cuando existen medios materiales para atacar los acuerdos y la bondad de la convocatoria de la Junta.

Dicho ejercicio abusivo se revela en los requisitos jurisprudenciales recogidos anteriormente, por cuanto se produce un daño para la compañía que se manifiesta objetivamente en un uso anómalo y desvirtuado de los derechos de los accionistas, y a su vez de forma subjetiva, por cuanto su falta de motivación y su posible intención dolosa frente a la Compañía, desactiva cualquier legitimidad en su ejercicio.

IV. Tal y como tiene establecido el Alto Tribunal, con el abuso de derecho, o mejor dicho con el principio que lo prohíbe, se ha tratado de frustrar el éxito del ejercicio de derechos nominalmente reconocidos por el ordenamiento, lesionadores de intereses no cubiertos por una estricta legalidad, pero sí por normas éticas o principios sociales, como se viene a proclamar en el artículo 7.2 del CC. Dicha doctrina, impone unos límites de orden moral, teleológico y social que pesan sobre el ejercicio de los derechos, de modo, que será apreciado cuando concurra una actuación aparentemente correcta, pero en realidad, se esté produciendo una extralimitación en el ejercicio de los mismos (STS de 1 de febrero de 2006).

V. La Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1.ª, n.º 362/2013, de 27 de septiembre (JUR 2013/317122)) entrando a resolver los límites del ejercicio del derecho de información, recoge; “En base a las limitaciones impuestas al ejercicio de este derecho, siempre conforme a la buena fe, se entiende que no se trata de un derecho ilimitado o absoluto, sino condicionado por la finalidad a la que sirve, que no es otra que servir de instrumento para acudir a la junta o, en ella, expresar su voluntad, mediante el ejercicio del derecho de voto con pleno conocimiento. Por esto, no puede ampararse bajo la cobertura de una supuesta vulneración del derecho irrenunciable del socio, pretensiones dirigidas a obstaculizar el normal funcionamiento de la sociedad (...)” (...).»

IV

Mediante escrito, de fecha 20 de julio de 2023, la registradora Mercantil emitió informe y elevó el expediente a este Centro Directivo. En dicho informe indicaba que dio traslado del recurso interpuesto al notario autorizante de la escritura calificada, sin que éste formulara alegaciones.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 1, 66 y 324 y siguientes de la Ley Hipotecaria; la disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre de Medidas Fiscales Administrativas y del Orden Social; los artículos 20 del Código de Comercio; 114 del derogado Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas; 55 de la derogada Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada; 172, 202 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; 7, 101 a 105 y 194 del Reglamento del Registro Mercantil; la Sentencia número 561/2022, de 12 de julio, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de noviembre de 1999, 18 de enero y 28 de junio de 2013, 10, 11 y 17 de febrero, 13 de marzo, 19 de mayo, 28 de julio, 1 de agosto, 26 de septiembre, 14 de octubre, 24 de noviembre y 17 de diciembre de 2014, 19 de enero, 27 de junio, 2 de julio y 13 de septiembre de 2015, 28 de enero y 19 de septiembre de 2016 y 31 de marzo de 2017, y las Resoluciones de esta Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 30 de octubre de 2020, 8 y 9 de febrero y 4 de julio de 2022 y 1 de marzo de 2023.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de elevación a público de acuerdos de la junta general de la sociedad «Human Mobility, SA» que tiene como base una certificación expedida por el secretario del consejo de administración con el visto bueno del presidente y se presenta a inscripción junto con copia de acta notarial que, según la misma notaria autorizante, no es acta notarial de la junta sino mera acta de presencia y referencia.

La registradora suspende la inscripción solicitada por considerar que, constando en el Registro una anotación preventiva de solicitud de acta notarial de la junta general, dicha acta notarial es requisito imprescindible para la eficacia de los acuerdos y su

inscripción en el Registro Mercantil, mientras que el acta de presencia que se presenta no es un acta notarial de junta.

El recurrente alega, en esencia, que existe abuso de derecho por quien solicitó que se levantara acta notarial de la junta y luego obstaculiza la celebración de ésta.

2. La cuestión planteada debe resolverse según el criterio de este Centro Directivo para supuestos análogos (cfr., entre las más recientes, las Resoluciones de 8 y 9 de febrero y 4 de julio de 2022 y 1 de marzo de 2023).

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

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

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

3. En consecuencia, en el régimen actual de las sociedades anónimas, la anotación preventiva regulada en el artículo 104 del Reglamento del Registro Mercantil pierde el carácter de instrumento imprescindible para que, a través del cierre temporal del Registro, la solicitud de acta notarial tenga efecto sobre los acuerdos adoptados sin respetarla, pues el artículo 203 de la Ley de Sociedades de Capital los convierte directamente en ineficaces.

No obstante, como ya advirtiera la Resolución de este Centro Directivo de 28 de junio de 2013, una vez practicada la anotación preventiva, «lo cierto es que no puede ignorarse la regulación sustantiva que resulta aplicable tanto para las sociedades de responsabilidad limitada como -desde la entrada en vigor del artículo 203.1 de la Ley de Sociedades de Capital- para las sociedades anónimas, y según la cual una vez solicitado por la minoría prevista el levantamiento de acta notarial de la junta general, esta documentación de los acuerdos se constituye en requisito imprescindible para la eficacia de los acuerdos adoptados y, por ende, para su acceso al Registro Mercantil». En el mismo sentido se han pronunciado las Resoluciones de 28 de julio de 2014 y 8 de febrero y 4 de julio de 2022.

También el Tribunal Supremo ha afirmado, en Sentencia número 561/2022, de 12 de julio, de la Sala de lo Civil, que «la ausencia de notario, cuando hubiera sido solicitada válidamente su presencia, vicia de ineficacia todos los acuerdos que pudieran adoptarse en la junta».

4. En el presente caso, es indudable que los acuerdos de la junta general no constan en acta notarial de la junta a los efectos de lo dispuesto en los artículos 203 de la Ley de Sociedades de Capital y 101 a 104 del Reglamento del Registro Mercantil, sino en una acta de presencia y referencia autorizada para la constatación de determinados hechos y declaraciones acaecidos en la junta general, que se regirán por las normas

generales contenidas en la legislación notarial (artículo 105 del Reglamento del Registro Mercantil).

Por último, respecto del hipotético abuso de derecho a que alude el recurrente, su apreciación es algo que excede del ámbito del presente recurso, debiendo probarse, si se pretende hacerlo valer, en el juicio contradictorio correspondiente.

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