

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

7191 *Resolución de 26 de febrero de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles V de Barcelona a inscribir una escritura de cese y nombramiento del administrador de una sociedad.*

En el recurso interpuesto por don Borja Criado Malagarriga, notario de Barcelona, contra la negativa del registrador Mercantil y de Bienes Muebles V de Barcelona, don Jesús Santos y Ruiz de Eguílaz, a inscribir una escritura de cese y nombramiento del administrador de la sociedad «Vincere Serveis Auxiliar, S.L.».

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 2 de mayo de 2019 por el notario de Barcelona, don Borja Criado Malagarriga, bajo el número 1.862 de protocolo, se elevaron a público los acuerdos adoptados el día 12 de marzo de 2019 por la junta general de la sociedad «Vincere Serveis Auxiliar, S.L.» por los que se aceptaba la renuncia al cargo de administradora única por doña G. R. L. y se nombraba para dicho cargo a don A. R. L. Dicha escritura tenía como base el acta notarial de la referida junta autorizada por el mismo notario.

II

Presentada el día 30 de septiembre de 2019 copia autorizada de dicha escritura en el Registro Mercantil de Barcelona, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«El Registrador que suscribe, previo el consiguiente examen y calificación del documento, de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, he resuelto no practicar la inscripción solicitada conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho:

Hechos.

Diario/Asiento: 1312/1851.

Fecha de la presentación: 27/06/2019 aportado nuevamente el 30/09/2019.

Entrada: 39114658.

Sociedad: Vincere Serveis Auxiliar, S.L.

Documento calificado: escritura de fecha 02/05/2019. Notario Don Borja Criado Malagarriga, número 1862 de protocolo, en la que consta diligencias de fechas 31 de julio de 2019 y 25 de septiembre de 2019, testimonio de esta última ha sido remitido telemáticamente.

Fecha de la calificación: 18/10/2019.

Fundamentos de Derecho.

1.º Hallarse cerrada la hoja registral de la sociedad por no haberse constituido el depósito de las cuentas anuales correspondientes a los ejercicios de 2016 y 2017 y no ser el documento ninguno de los exceptuados de dicho cierre (artículo 282 de la Ley de Sociedades de Capital, artículo 378 del Reglamento del Registro Mercantil y reiterada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, entre otras,

Resoluciones de 11 de abril y 13 de julio de 2001, de 24 de octubre de 2002, de 8 de febrero de 2010, de 18 de marzo de 2014 y 18 de mayo de 2016).

2.º A la vista de la certificación incorporada a efectos de subsanación, en la que se expresa que asiste el 100% del capital social, debe constar expresamente el sentido del voto (en contra, en blanco o abstención) respecto al 50% del capital social asistente a la Junta que no ha votado a favor de los acuerdos. (Artículos 198 de la Ley de Sociedades de Capital, 97.1.7.ª del Reglamento del Registro Mercantil y 112 del Reglamento del Registro Mercantil y Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de abril de 1998, 29 de noviembre de 2012, 6 de junio de 2013 y 13 de octubre de 2015).

La junta general se ha celebrado en Barcelona y, por tanto, fuera del término municipal de L'Hospitalet de Llobregat donde, según el Registro y conforme se expresa en el documento calificado, la sociedad se encuentra domiciliada. Al no estar previsto en los estatutos inscritos que la junta pueda celebrarse fuera del término municipal, ésta sólo puede celebrarse en Barcelona si la totalidad del capital social asiste y presta su expresa conformidad a que, en efecto, la citada junta se celebre fuera de dicho término. En caso contrario, la junta no podría celebrarse o, desde una perspectiva registral, los acuerdos no serían inscribibles al haber sido adoptados en junta nula.

Y, en efecto, en el documento presentado se incorpora certificación subsanatoria de fecha 30 de julio de 2019 (ya que inicialmente se daba por ausente al 50% del capital social) donde se indica que "formalizada la lista de asistencia, se comprobó que asistieron a la reunión los socios, que entre presentes y representados, acreditaron estatutariamente disponer un 100% del capital social" y que "tras formalizarse la lista de asistentes, los mismos manifestaron su conformidad a la celebración de la Junta en el lugar de la convocatoria".

Sin embargo, tanto en la certificación inicial como en la subsanatoria se especifica que los acuerdos se adoptaron con el voto favorable del 50% del capital social, sin hacer constar expresamente el sentido del voto (en contra, en blanco o abstención) del otro 50% del capital social asistente a la Junta y que no habría votado a favor de los acuerdos. Tal circunstancia motivó nota de calificación de fecha 20 de agosto de 2019.

Mediante testimonio de fecha 25 de septiembre de 2019, el notario autorizante hace constar la incorporación a la matriz mediante diligencia de esa misma fecha de la siguiente aclaración: "Que al empezar la Junta que motiva el acta precedente todos los presentes, que representaban la totalidad del capital social, estuvieron de acuerdo en celebrar dicha Junta en mi despacho profesional situado en Barcelona, si bien en el momento de apertura de la Junta, cuando se debía presentar la documentación relativa a la acreditación para la representación de socios, se denegó el derecho de voto al representante de la socia D.ª S. V. E., al considerar que el poder de representación conferido a Don J. D. D., no cumplía con los requisitos legales, en particular con lo dispuesto en el artículo 183 de la vigente Ley de Sociedades de Capital, si bien se le autorizó para estar presente en dicha Junta al tener interés legítimo".

El primer obstáculo que se observa es de carácter formal. En efecto, la diligencia aclaratoria que el notario autorizante incorpora para superar el problema de la calificación registral previa que destacaba la ausencia de precisión sobre el sentido de voto del otro 50% del capital social presente no es, en principio, documento adecuado a los fines que se pretenden. Dado que el documento calificado no es un acta notarial de junta sino una escritura de elevación a público de los acuerdos adoptados en junta general, la "aclaración" sobre el sentido del voto o, en nuestro caso, la ausencia del mismo correspondería propiamente al administrador certificante (al igual que libró la certificación inicial y la posterior subsanatoria). No obstante, se ha preferido por razón de economía procesal entender que la citada diligencia notarial refleja con precisión la decisión de la presidenta de la junta, circunstancia que determina el juicio registral expuesto en los fundamentos que siguen.

La cuestión, en términos jurídicos, dista de ser sencilla. Como es bien sabido, en las sociedades de responsabilidad limitada la voluntad social se expresa mediante la

adopción de acuerdos en junta general (artículo 159 de la Ley de Sociedades de Capital) a la que todos los socios tienen derecho a asistir (art. 179 LSC) y, salvo excepciones, a emitir un voto por cada participación de su titularidad (artículo 188); unos acuerdos que se adoptan con las mayorías establecidas (arts. 198 y siguientes). Dado que la titularidad de la participación es la que determina la legitimación para asistir a la junta y emitir el voto (artículos 91 y 93), ésta debe ser acreditada frente a la sociedad por quien reclame el ejercicio de los derechos inherentes a la misma y, en este sentido, corresponde al órgano de administración reconocer dicha legitimación y derechos inherentes (de ahí la llevanza del Libro Registro de socios –art. 105.1– en el que han de constar las sucesivas titularidades de las participaciones –art. 104.1– con la finalidad de reconocer como socios a los que en él constan como tales –art. 104.2–). Desde un punto de vista práctico, todo este planteamiento inicial nos debe llevar a la conclusión de que en el supuesto planteado no se discute (al menos así se deduce de la documentación calificada) que la socia D.^a S. V. E. ostente la titularidad del 50% de las participaciones en que se divide el capital social. No es, pues, un problema de legitimación ni de órgano de administración que pueda discutir la misma.

Contra lo que puede parecer a primera vista, tampoco se discute en esta calificación registral si la citada socia estuvo válidamente representada en la junta en cuestión y, en consecuencia, debió permitirse el ejercicio del derecho de voto inherente a su condición de socia o si, por el contrario, tal circunstancia no concurrió. En nuestro ordenamiento corresponde a la mesa de la junta pronunciarse sobre el particular (arts. 191 y 192 LSC) sin que tal pronunciamiento pueda ser objeto de “revisión registral” según reiterada jurisprudencia, salvo en los supuestos en que resulte patente la falta de legalidad y acierto de su declaración, como sería cuando existen juntas contradictorias (resolución de 20 de diciembre de 2012), 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), circunstancias todas ellas que impiden tener por debidamente realizada la declaración de válida constitución de la junta. Pero fuera de éstos u otros supuestos semejantes 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 y sin perjuicio de que quien se sienta perjudicado ejercite las acciones pertinentes y solicite el reflejo de su ejercicio en la hoja registral (resolución de 4 de marzo de 2015).

La cuestión objeto de debate es pues, a nuestro juicio, si en la formación de la lista de asistentes debe la mesa de la junta pronunciarse con carácter previo sobre la representación que se invoca de manera que sólo puede considerarse asistente a la misma quien acredite ostentar una válida representación o no es así. Ítem más, si cabe disociar la representación del socio a los efectos de la asistencia y formación de quórum constituyente de la representación a efectos del ejercicio del derecho de voto, de manera que pueda entenderse suficiente o válida para el primer supuesto e insuficiente para el segundo. Porque, como vimos anteriormente, en la diligencia aclaratoria el notario autorizante especificaba que “todos los presentes, que representaban la totalidad del capital social, estuvieron de acuerdo en celebrar dicha Junta en mi despacho profesional situado en Barcelona, si bien en el momento de apertura de la Junta, cuando se debía presentar la documentación relativa a la acreditación para la representación de socios, se denegó el derecho de voto al representante de la socia D.^a S. V. E., al considerar que el poder de representación conferido a Don J. D. D., no cumplía con los requisitos legales”.

Parece plausible deducir que el hecho de afirmar que todos los presentes representaban la totalidad del capital social, significa que, al menos en este punto, la presidenta de la junta estaba dando por buena la representación alegada. Porque, ¿cómo podría casar desde un congruente planteamiento jurídico decir que todos los presentes “representaban la totalidad del capital social” cuando uno de los socios no asistía en persona sino a través de un representante? Afirmar que estaba representado todo el capital social es afirmar que la socia D.^a S. V. E. asistía válidamente representada

a la junta. Lógicamente, dicha presencia “representada” e inicialmente validada era necesaria si se quería dar a la junta el carácter de universal, único modo de salvar el defecto primigenio de celebrarse fuera del término municipal sin habilitación estatutaria alguna. Para salvar el obstáculo principal era necesario que todos los socios convinieran en la celebración de la junta en el lugar en el que se celebró y por tanto ello implicaba necesariamente dar por buena la representación alegada por la socia no presente.

Surgen entonces nuevos interrogantes. ¿No es en sí un ejercicio del derecho de voto el consentir en la celebración de la junta fuera del término municipal, dándole el carácter de universal y de esta forma enervar los impedimentos legales y estatutarios? ¿Es posible entender que una representación puede considerarse suficiente para consentir en la celebración de una junta fuera del término municipal y, al mismo tiempo, entender que esa representación es en sí misma insuficiente para ejercitar el derecho de voto precisamente en la junta que gracias a la representación que ahora se limita puede entenderse válidamente constituida?

No es nuestro parecer fundándonos, además de en la lógica jurídica, en los siguientes argumentos de derecho positivo y doctrinales (...):

– El artículo 192.1 LSC especifica que antes de entrar en el orden del día debe formarse la lista de asistentes, expresando el carácter o representación de cada uno; concluyendo en su apartado 2.º que “al final de la lista se determinará el número de socios presentes o representados, así como el importe del capital del que sean titulares, especificando el que corresponde a los socios con derecho a voto». Y ello, efectivamente, se cumple en la escritura calificada, toda vez que en la lista de asistentes transcrita en la certificación de 29 de julio de 2019 se especifica que asiste la socia D.ª S. V. E., titular de las participaciones 1 a 1.502 y la mitad indivisa de la 1.503, con un porcentaje total del 50% del capital social y “representada por Sr. J. D. D. (letrado)”.

– El artículo 97.1.4.ª RRM indica que el contenido del acta de la junta debe reflejar “el número de socios concurrentes con derecho a voto, indicando cuántos lo hacen personalmente y cuántos asisten por representación, así como el porcentaje de capital social que unos y otros representan” (véase también el art. 102.1.2.ª RRM para el supuesto de acta notarial de junta). A continuación, el acta debe reflejarse los asuntos debatidos, contenido de los acuerdos adoptados y resultado de las votaciones.

– La RGGRN de 4 de marzo de 2015 recuerda que “(...) sobre estas premisas, el ordenamiento atribuye a la mesa de la junta la formación de la lista de asistentes (artículos 191 y 192), para lo que debe emitir una opinión a la hora de apreciar la existencia de representación de socios u otras circunstancias similares”. Y concluye que “esta Dirección General tiene declarado en una dilatadísima doctrina (por todas, 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 alegación de actuación representativa (artículo 102.1.3.ª del Reglamento del Registro Mercantil)”. En este mismo sentido, RDGRN de 24 de octubre de 2016.

En definitiva, no se cuestiona en la presente calificación la declaración de la presidenta de la junta acerca de la válida constitución de la misma por estar representado la totalidad del capital social, que expresamente consiente en la celebración de la misma fuera del término municipal del domicilio social, sino que se considera que los acuerdos no han sido válidamente adoptados (o, si se prefiere, no resulta acreditada su adopción) al no constar el sentido del voto del 50% del capital social que estaba presente en la junta según la propia lista de asistentes que recoge la certificación subsanatoria de fecha 30 de julio de 2019 incorporada a la escritura objeto de la presente calificación. La formación de la lista de asistentes, con inclusión de la socia D.ª S. V. E., representada por letrado y titular del 50% del capital social, implica per se una toma de posición de la presidenta de la junta acerca de la representación alegada: implica dar por buena la misma, considerar que la junta reúne el carácter de universal y superar de este modo el problema de convocatoria generado con la

celebración de la misma fuera del término municipal (resolución de 24 de abril de 2013 y sentencias del TS de 16 de marzo de 2010 y 18 de junio de 2012). Si la representación hubiera sido insuficiente en los términos del art. 183 LSC (como aclara la diligencia del notario autorizante de 25 de septiembre de 2019), la lista de asistentes no hubiera podido incluir a la socia citada, no habría podido considerarse junta universal y, asimismo, no podría considerarse válidamente constituida al celebrarse fuera del término municipal correspondiente al domicilio social sin habilitación estatutaria alguna.

(artículos 175, 178, 183, 191 y 192 de la Ley de Sociedades de Capital, artículos 97, 98 y 102 del Reglamento del Registro Mercantil, Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de diciembre de 1994, de 16 de septiembre de 2012, de 20 de noviembre de 2012, 4 de marzo de 2015 y 24 de octubre de 2016).

Los defectos señalados tienen carácter subsanable.

Contra la presente calificación (...)

El registrador Jesús Santos y Ruiz de Eguílaz Registrador Mercantil n.º 5 de Barcelona.»

III

Contra la anterior nota de calificación, don Borja Criado Malagarriga, notario de Barcelona, interpuso recurso el día 29 de noviembre de 2019 mediante escrito en el que alegaba lo siguiente:

«(...) Se trata de una sociedad que está formada por dos socias al cincuenta por ciento (Doña G. R. y Doña S. V.), siendo la señora R., además, la administradora de la compañía.

En el presente escrito me referiré a las dos cuestiones que se plantean por el registrador: la primera sobre la posibilidad de celebrar la junta fuera del término municipal de la compañía; y la segunda, el alcance del poder otorgado por una de las socias sin los requisitos necesarios.

Que no estando conforme con dicha calificación, por medio del presente escrito, interpongo el recurso conforme a los artículos 324 y ss. de la Ley Hipotecaria, con base en las siguientes:

Alegaciones:

Primera. Respecto a la celebración de la Junta General el 12 de marzo de 2019 en el municipio contiguo al del domicilio social dada la imposibilidad de celebrar la misma en el domicilio social:

Se realiza la convocatoria de la junta de socios de la compañía Vincere Serveis Auxiliar S.L. por la administradora de la compañía en la ciudad de Barcelona (cuando debería haber sido en Hospitalet, que es la sede de la sociedad).

Dicha convocatoria no fue impugnada por ninguna de las dos socias, o de sus respectivos abogados, por entender que era lo más cómodo y lo más económico para todos los asistentes a la citada junta y se celebró en mi despacho profesional (...)

En este sentido, establece la jurisprudencia que cuando el envío de la convocatoria se ha realizado correctamente a todos los socios, haciendo constar su celebración en un lugar contiguo al domicilio social, si los socios no se opusieron a la celebración de la misma, tras recibir la convocatoria, no existe ninguna causa de nulidad que impida la celebración de la Junta. Aquí no hay menoscabo ni perjuicio de los intereses de los socios ni de la propia compañía.

En particular, la Sentencia de la AP de Zaragoza 33/2009 de 16 enero establece que "Tal disposición (referida al lugar de celebración de la Junta en el municipio donde radica el domicilio social) tiene como razón impedir que mediante la designación de un lugar extravagante para la celebración de la junta se cercene el derecho de asistencia de los socios, de ahí que la doctrina haya señalado que la mención término municipal no ha de

ser entendido en sentido riguroso, a modo de interpretación estricta del alcance administrativo del concepto, sino que habrá que atender a las circunstancias del caso concreto y determinar, ponderando los derechos y posibilidades de los socios, si la convocatoria podría incluir su celebración en las afueras de la ciudad o área metropolitana, pese a que los límites municipales no le alcancen, y la jurisprudencia también ha declarado la validez de las juntas celebradas con infracción del mandato de mención cuando haya causa que lo justifique (STS 15-11-1967 y 7-6-1989 (RJ 1989, 4345). Por todas estas razones se ha abierto camino en las resoluciones de las AAPP la opinión de que no concurre razón alguna para la nulidad cuando el lugar de celebración la junta es próximo al término municipal del domicilio social, no causa inconveniente alguno a los socios y no es objeto de oposición por parte de los socios al recibir la convocatoria (SAP Salamanca 5-11-2004 (PROV 2005, 32449) y 24-7-2005, y Murcia, 25-3-2002 (AC 2002, 818)).

También la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Palma de Mallorca número 274/2014 de 27 de octubre sigue el mismo criterio, y también la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca número 422/2004 de 5 de noviembre.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que:

(i) El domicilio social, era la vivienda familiar de un anterior socio (hoy difunto) D. X. R., y que actualmente ni es el domicilio real de la Sociedad ni está ocupado por ninguna de las socias ni administradora.

(ii) Ninguna de las socias o administradora reside o vive en Hospitalet (el vínculo con Hospitalet es inexistente). Además, la compañía tiene la totalidad de la clientela en Barcelona, que es donde realiza su actividad principal y ofrece sus servicios.

(iii) La administradora realizó la convocatoria en virtud de la comunicación del abogado de la otra socia (Dña. S. V.), enviada desde el despacho de abogados de Barcelona, que está en la misma calle que la notaría donde se celebró la Junta General, y tras la recepción de la convocatoria por parte de la socia, no hubo ninguna oposición ni impugnación, más bien al contrario, ya que acudió representada por su abogado a la Junta General, que tampoco hizo reserva u oposición en el mismo acto de su celebración.

Es por ello, que se entendía que no había obstáculo en celebrar la junta en Barcelona y no en Hospitalet, ya que el vínculo de la sociedad con esta localidad en la actualidad es inexistente. Se busca celeridad en la celebración, evitar su paralización, así como ahorro de costes a la compañía (sin perjuicio del compromiso por parte de la administradora de trasladar el domicilio de la compañía tan pronto como sea posible).

Segundo. De la representación de la socia ausente en la Junta General del derecho a voto de su representante que no ostentaba poderes suficientes:

El día de la Junta General notarial, solamente compareció una de las socias (Dña. G. R.), ya que la otra socia manifestó a través de su letrado D. J. D. que no tenía voluntad de ir a la Junta, y que quería estar representada por este último, con un poder notarial.

Para poder entender el recurso a la calificación del señor registrador es importante explicar los diversos pasos de cómo se confeccionó la junta.

En un primer momento: se decide que la presidenta de la junta sea la señora G. R. (yo como notario desempeñé el cargo de secretario). Con lo cual, quedó constituida la mesa de la junta.

En un segundo momento: le correspondía a la presidenta confeccionar la lista de asistentes y determinar sobre la válida constitución de la misma (RDGRN de 4 de marzo de 2015). Es ahí cuando la señora presidenta, solicita examinar el poder de representación del señor D. y, después de analizar su contenido, entiende que no es suficiente por no cumplir los requisitos del artículo 183 de la ley de sociedades de capital. Es por ello que, justo en ese momento, le da la opción al apoderado para poder quedarse en la junta y poder opinar sobre las distintas cuestiones del orden del día, pero no le deja votar. Hasta el momento en que la administradora no es designada presidenta

de la junta, no puede solicitar el poder y examinar su contenido, por eso las circunstancias acaecieron de la manera explicada en este recurso.

El abogado manifestó su disconformidad por entender que los poderes eran plenos y suficientes, reservándose las acciones legales que le pudieran corresponder. No obstante, optó por quedarse en la junta para manifestar la opinión de su representada a los efectos de que se le aclararan todas las cuestiones derivadas de las cuentas de la compañía que le fueron contestadas en el transcurso de la junta.»

IV

Mediante escrito, de fecha 5 de diciembre de 2019, el registrador Mercantil emitió informe y elevó el expediente a la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 20 del Código de Comercio; 326 de la Ley Hipotecaria; 91, 93, 102, 104, 105, 106, 112, 116, 118, 122, 159, 170, 178, 179, 188, 191, 192, 193, 195, 198, 199, 203, 204 a 208 y 223 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; 119.5 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria; 7, 94.10, 97, 98, 101, 102, 155 y 157 del Reglamento del Registro Mercantil; las Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1957, 6 de julio de 1963 y 26 de octubre de 1979, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado 21 de septiembre de 1984, 25 de junio de 1990, 9 de enero de 1991, 19 de junio y 28 de diciembre de 1992, 16 de febrero de 1995, 23 de junio de 1997, 9 de enero, 13 de febrero y 25 de julio de 1998, 29 de octubre y 13 de noviembre de 1999, 4 de marzo y 28 de abril de 2000, 3 de mayo de 2002, 31 de marzo de 2003, 26 de febrero de 2004, 11 de octubre de 2005, 23 de enero de 2006, 26 de noviembre de 2007, 29 de noviembre y 20 de diciembre de 2012, 21 de enero, 28 de junio, 22 de julio y 5 de agosto de 2013, 4 de marzo y 28 de julio de 2014, 4 de marzo de 2015, 17 de mayo, 13 de junio y 24 de octubre de 2016, 3 de abril, 19 de julio y 20 de noviembre de 2017, 5 de febrero de 2018 y 23 y 24 de enero, 13 de febrero y 23 de julio de 2019.

1. En la resolución del presente recurso es imprescindible precisar las cuestiones a las que debe ceñirse, habida cuenta de las circunstancias y razonamientos que el registrador expresa en la calificación que ha sido impugnada, relativa a los acuerdos de la junta general de la sociedad «Vincere Serveis Auxiliar, S.L.» por los que se acepta la dimisión de la administradora única y se nombra a un nuevo administrador.

En las certificaciones de tales acuerdos sociales incorporadas a la escritura calificada y en las diligencias extendidas en ésta se expresa: a) que «una vez formalizada la lista de asistencia se comprobó que asistieron a la reunión los socios, que entre presentes y representados, acreditaron estatutariamente disponer un 100% del capital social» (dos únicas socias, titulares cada una de ellas de participaciones que representan el 50% del capital social); b) que «tras formalizarse la lista de asistentes, los mismos manifestaron su conformidad a la celebración de la Junta en el lugar de la convocatoria (...)», en término municipal –Barcelona– diferente al del domicilio social –L'Hospitalet de Llobregat–; c) que todos los acuerdos de la junta «fueron adoptados por mayoría del 50% del capital social presente en la Junta», y d) «que al empezar la Junta (...) todos los presentes, que representaban la totalidad del capital social, estuvieron de acuerdo en celebrar dicha Junta (...) en Barcelona, si bien en el momento de apertura de la Junta, cuando se debía presentar la documentación relativa a la acreditación para la representación de socios, se denegó el derecho de voto al representante de la socia doña S. V. E., al considerar que el poder de representación conferido a don J. D. D. no cumplía con los requisitos legales, en particular con lo dispuesto en el artículo 183 de la vigente Ley de Sociedades de Capital, si bien se le autorizó para estar presente en dicha Junta al tener interés legítimo».

El registrador manifiesta que no es posible entender que una representación puede considerarse suficiente para consentir la celebración de una junta fuera del término municipal donde la sociedad tenga su domicilio y, al mismo tiempo, entender que esa representación es insuficiente para ejercitar el derecho de voto precisamente en la junta que gracias a la misma representación se entiende válidamente constituida. Añade que corresponde al presidente de la junta pronunciarse sobre la válida constitución de la misma sin que tal pronunciamiento pueda ser objeto de revisión registral, salvo en los supuestos en que resulte patente la falta de legalidad y acierto de su declaración. Y concluye que no cuestiona «la calificación la declaración de la presidenta de la junta acerca de la válida constitución de la misma por estar representado la totalidad del capital social, que expresamente consiente en la celebración de la misma fuera del término municipal del domicilio social, sino que se considera que los acuerdos no han sido válidamente adoptados (o, si se prefiere, no resulta acreditada su adopción) al no constar el sentido del voto del 50% del capital social que estaba presente en la junta según la propia lista de asistentes».

El notario recurrente alega que no hay obstáculo para celebrar la junta general en Barcelona toda vez que la sociedad no tiene el domicilio real en Hospitalet de Llobregat y realiza su actividad principal y tiene la totalidad de la clientela en aquella capital; que las socias carecen de vínculo con Hospitalet y, una vez convocada la junta para celebrarse en Barcelona ninguna de ellas se opuso. Respecto de la representación de la socia no asistente personalmente, añade que fue después de constituida la mesa de la junta general cuando la presidenta examinó el poder de representación y entendió que no era suficiente, por lo que no dejó votar al apoderado, y éste manifestó su disconformidad, se reservó las acciones legales que le pudieran corresponder y, no obstante, optó por permanecer en la junta para manifestar la opinión de su representada sobre las cuestiones relativas a las cuentas de la sociedad que le fueran contestadas en el transcurso de la reunión.

2. La Dirección General de los Registros y del Notariado (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, 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 y siguientes y 201). Todos los socios tienen derecho a asistir a las juntas (artículo 179) y, salvo excepciones, a emitir un voto por cada participación o acción de 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). El 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, como ocurre en caso del presente recurso—, declaración frente a la que pueden hacerse reservas o protestas (artículo 102.1.3.^a del Reglamento del Registro Mercantil). Asimismo, compete al presidente la declaración sobre los resultados de las votaciones, frente a la que también pueden hacerse manifestaciones cuya constancia en acta se puede solicitar (artículo 102.1.4.^a del citado Reglamento).

No obstante, 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 aquéllas, ello no significa que tales declaraciones del presidente deban, por la sola calidad de quien las formula, vincular al registrador de modo absoluto, al punto de que éste deba desconocer la realidad de lo acontecido en el seno de la junta cuando se halle amparado por la fe notarial, ignorando totalmente las afirmaciones contrarias de los socios consignadas en el acta y de especial relevancia para calificar la validez de los acuerdos (cfr. Resoluciones de 9 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 éste resulta contradicha por la documentación aportada y los asientos del Registro Mercantil en términos tales que aquella no puede mantenerse.

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

3. En lo que interesa en este expediente, 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 tres fases: 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).

La primera actuación encaminada a la constitución de la junta es la formación de la mesa, para la cual, si no existe consejo de administración ni determinación estatutaria de los cargos de presidente y secretario (o designación por el letrado de la Administración de Justicia o por el registrador mercantil —artículos 119.5 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria y 170.2 de la Ley de Sociedades de Capital), serán los socios concurrentes quienes habrán de designarlos al comienzo de la reunión (artículo 191 de la Ley de Sociedades de Capital). En ese primer momento no existe todavía persona competente que determine, en caso de discrepancias entre los asistentes, quienes pueden realizar la designación por estar legitimados como socios; por ello, la determinación de los socios con derecho de asistencia y voto, así como la admisión de la representación de los socios no presentes tienen carácter provisional, de modo que una vez formada la mesa y elegido el presidente a él compete la formación de la lista de asistentes —entre ellos, los

socios presentes y representados— así como la declaración sobre la válida constitución de la junta (102.1.2.^a del Reglamento del Registro Mercantil).

En este momento, si el presidente niega legitimación para ejercitar los derechos de asistencia y voto a quien, a su juicio, no acredita suficientemente la representación de uno de los socios es indudable que no se puede considerar que la junta se constituya con carácter de junta universal (cfr. artículo 178 de la Ley de Sociedades de Capital).

En el caso del presente recurso tiene razón el registrador cuando considera que no es posible entender que una representación puede estimarse suficiente para consentir la celebración de una junta fuera del término municipal donde la sociedad tiene su domicilio y, al mismo tiempo, entender que esa representación es insuficiente para ejercitar el derecho de voto precisamente en la junta que gracias a la misma representación se considera válidamente constituida. Lo que ocurre es que, según la calificación impugnada, el registrador no cuestiona la declaración de la presidenta sobre la válida constitución de la junta y se limita a objetar que los acuerdos no han sido válidamente adoptados —o no resulta acreditada su adopción— porque no consta el sentido del voto de la socia que estaba presente en la junta según la propia lista de asistentes. Y, en realidad, es evidente que según el acta notarial de la junta no podía constar el sentido de dicho voto porque la presidenta denegó a dicha socia el ejercicio de tal derecho.

Por ello, habida cuenta de que el recurso debe ceñirse a los defectos expresados en la calificación impugnada (cfr. artículo 326 de la Ley Hipotecaria), la misma sólo puede ser confirmada en el sentido de que existe contradicción entre el hecho de admitir que la junta está válidamente constituida y la denegación del ejercicio del derecho de voto de una de las dos únicas socias por negar validez a la representación alegada.

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, 26 de febrero de 2020.—La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.