

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

11646 *Resolución de 9 de septiembre de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora mercantil y de bienes muebles I de Castellón, por la que suspende la calificación de una escritura de aumento de capital.*

En el recurso interpuesto por don J. N. C., actuando como administrador solidario de la sociedad «Paynopain Solutions, S.L.», contra la nota de calificación extendida por la registradora Mercantil y de Bienes Muebles I de Castellón, doña María Rosa Navarro Díaz, por la que suspende la calificación de una escritura de aumento de capital.

Hechos

I

Por el notario de Castellón de la Plana, don Joaquín Serrano Yuste, se autorizó el día 24 de marzo de 2020 acta de comparecencia a junta general, con el número 1.006 de protocolo, en la que comparecía don J. N. C., como administrador solidario de la sociedad «Paynopain Solutions, S.L.», al efecto de requerirle para que levantase el acta de la junta general de la sociedad a celebrar el mismo día en la Notaría, resultando que, los dos socios, habían sido convocados por medio de burofax. De la diligencia del mismo día resultaba la presencia de un único socio, que representaba el 70,77% del capital social, por lo que no se consideraba preciso el nombramiento de presidente y secretario de la junta. Tras la declaración por parte del único socio compareciente de la válida constitución de la junta general, se adoptó determinado acuerdo de ampliación de capital y la subsecuente modificación de los estatutos sociales.

En la misma fecha, el notario autorizó escritura, con el número 1.007 de protocolo, en la que comparecía el administrador solidario de la sociedad «Jorjavi Crew, S.L.» y elevaba a público el acuerdo unánime de la junta general y universal de la sociedad adoptado el mismo día 24 de marzo de 2020 de ejercer el derecho de preferencia en el aumento de capital de la sociedad «Paynopain Solutions, S.L.».

En la misma fecha, el notario autorizó acta de manifestaciones, con el número 1008 de protocolo, por la que el administrador solidario de la sociedad «Paynopain Solutions, S.L.», manifestaba haber tenido conocimiento del anterior ejercicio de derecho de preferencia.

En la misma fecha, el notario autorizó escritura, con el número 1.009 de protocolo, en la que comparecía el administrador solidario de la sociedad «Paynopain Solutions, S.L.» y elevaba a público el acuerdo adoptado por la junta general de la sociedad sobre aumento de capital.

II

Presentada la referida documentación en el Registro Mercantil de Castellón, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Resolución de suspensión de calificación y despacho del artículo 432.2 del Reglamento Hipotecario.

Presentada el día 9 de abril de 2020, acta de junta general autorizada por el notario de Castellón, Don Joaquín Serrano Yuste, el día 24 de marzo de 2020, número 1.006 de protocolo, junto con: a) Escritura de elevación a público de acuerdos sociales, otorgada

ante el propio notario, señor Serrano Yuste, el mismo día 24 de marzo de 2020, número 1.007 de protocolo, b) Acta de manifestaciones, autorizada por el mismo notario, señor Serrano Yuste, en igual fecha, 24 de marzo de 2020, número 1.008 de protocolo, aclarada por otra de fecha 6 de abril de 2020, autorizada por el notario de Castellón, Don Antonio Arias Giner, número 652 de protocolo, y c) Escritura de aumento de capital otorgada en Castellón de la Plana, el día 24 de marzo de 2020, ante el notario, Don Joaquín Serrano Yuste, número 1.009 de protocolo, bajo los asientos números 442 y 443 del diario, 184 acuerdo suspender la calificación y despacho de los actos que contienen por las consideraciones siguientes:

Resultando del registro que consta previamente presentada, asiento 15 del diario 184, una solicitud de nombramiento de auditor por un interesado que alegó ser socio de la sociedad que ahora solicita la inscripción de la ampliación de capital, y habiendo recaído la resolución de nombramiento solicitada por no estimar las alegaciones de la sociedad, resolución que no es firme en vía administrativa, pues con fecha 24 de abril de 2020, se ha interpuesto recurso gubernativo ante la DGFPJS, se considera por la que suscribe que no habiendo resultado convocado el socio minoritario que solicitó la auditoría, sino el anterior del que éste trae causa -según resulta de escritura pública de venta de unidad productiva en procedimiento concursal en fase de liquidación aprobada judicialmente, tal como consta en el expediente de nombramiento de auditor, y por tanto conocida por la Sociedad con anterioridad a la convocatoria-pudiera resultar, si se inscribe el acuerdo de ampliación, un pronunciamiento registral relativo a un acto que pudiera estar en contradicción del que derive de la ultimación del expediente previo (en hipótesis, se inscribiría un acuerdo adoptado sin haber convocado al socio que luego se considera legitimado como tal para solicitar la auditoría), por lo que se considera aplicable el artículo 432 del RH a los efectos de suspender la calificación hasta que no recaiga resolución definitiva de nombramiento.

Según la doctrina de esta Dirección General (vid., por todas, las Resoluciones de 6 de octubre de 2015 y 29 de enero de 2019), mientras estén vigentes asientos de presentación anteriores al del documento que se presente a inscripción, lo procedente es aplazar o suspender la calificación de dicho documento mientras no se despachen los títulos previamente presentados, como resulta implícitamente de lo dispuesto en los artículos 111, párrafo tercero, y 432.2 del Reglamento Hipotecario al regular las prórrogas del asiento de presentación. Este criterio se encuentra confirmado en el artículo 18.2 de la Ley Hipotecaria, según redacción dada por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, al establecer que el plazo máximo para inscribir el documento es el de quince días contados desde la fecha del asiento de presentación, pero si existiera pendiente de inscripción un título presentado con anterioridad, el plazo de quince días se computa desde la fecha de la inscripción del título previo. Ciertamente, los citados artículos 111, párrafo tercero, y 432.2 del Reglamento Hipotecario se refieren a títulos -anteriores o posteriores- que sean "contradictorios o conexos" (vid., también, el artículo 10.1 del Reglamento del Registro Mercantil).

Habida cuenta de la situación de conflicto entre quién acredita su carácter de socio y la negativa de la sociedad a ese reconocimiento, que sin negar la validez de la transmisión, considera que es ineficaz frente a la misma por no haberle notificado la venta a los efectos de ejercitar su derecho de preferencia, y no constar su titularidad en el libro registro de socios, resulta que el título cuya inscripción se pretende está en conexión con el anterior cuyo asiento de presentación está vigente, por cuanto ha resultado acreditado en la documentación aportada para la inscripción de la ampliación, que no fue convocado el solicitante de la auditoría, y pudiera resultar, si se inscribe el acuerdo de ampliación, un pronunciamiento registral que pudiera estar amparando, por la presunción de exactitud y veracidad del registro (artículo 20 del Código de Comercio), un acto inválido, máxime tratándose de un acto de inscripción constitutiva (STS Sala Tercera de 12 de febrero de 2019, en la que se afirma que la inscripción de la escritura de ampliación de capital en el Registro Mercantil no es mero requisito formal, sino una exigencia inexcusable para poder hacer valer esa capitalización frente a terceros, y al

mismo tiempo se constituye como una garantía que proporciona seguridad jurídica, pues la inscripción en el Registro impide que los socios puedan exigir la restitución de las aportaciones realizadas). Razones éstas que abonan la decisión de suspender la calificación hasta la resolución firme de nombramiento de auditor, pues como señaló la Resolución de la DGRN de 26 marzo 1997, de practicarse la inscripción solicitada, podría interpretarse como aval registral a la validez de la convocatoria de la Junta.

Según reiterada doctrina del Centro Directivo, debe reconocerse 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, ello no significa que tales declaraciones del presidente deban, por la sola calidad de quien las formula, vincular al registrador de modo absoluto. 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 (cfr. Resoluciones de 9 de enero de 1991, 13 de febrero de 1998, 31 de marzo de 2003 y 5 de agosto de 2013 y 23 de enero y 23 de julio de 2019). Como se indicó en la resolución del expediente citado, el Registrador no puede entrar sobre valoraciones acerca de la nulidad de una transmisión de participaciones que sólo corresponde a los tribunales, pero sí puede calificar, como consecuencia de los datos obrantes en el Registro, que existe un conflicto de intereses que pudiera viciar la convocatoria de junta efectuada (art 6 RRM), no debiéndose desnaturalizar la función del registro en cuanto institución encaminada a publicar situaciones jurídicas ciertas y cuya legalidad haya sido comprobada (Resolución de 6 de julio de 2004).

Esta suspensión de la calificación, será objeto de notificación a fin de evitar cualquier tipo de indefensión, a los efectos de que se puedan interponer los recursos procedentes, de conformidad con la resolución conforme a la Resolución de la DGRN de 24 de mayo de 2017.

Se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15.º del R.R.M. contando la presente nota de calificación con la conformidad del cotitular del Registro.

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

Castellón de la Plana/Castelló de la Plana, a 4 de mayo de 2020 (firma ilegible y sello del Registro con el nombre y apellidos del registrador)».

III

Contra la anterior nota de calificación, don J. N. C., actuando como administrador solidario de la sociedad «Paynopain Solutions, S.L.», interpuso recurso el día 9 de junio de 2020 en virtud de escrito en el que alega, resumidamente, lo siguiente:

Primero.—Que la registradora deniega la inscripción del aumento de capital porque no se convocó a la junta general, en cuyo seno se acordó el aumento de capital cuya inscripción se pretende, al socio minoritario que previamente había solicitado el nombramiento de auditor al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, y Que, efectivamente, no fue convocado al haber adquirido sus participaciones sin respetar los requisitos legales y estatutarios, por lo que la sociedad remitió la convocatoria al verdadero socio, que es quien consta como tal en el libro registro de socios, tal y como se razonó en el escrito de recurso contra la resolución de la registradora Mercantil de Castellón, doña Gloria Elena Fernández Jalvo, de fecha 13 de marzo de 2020, cuando accedió al nombramiento de auditor a instancia del socio ficticio.

Segundo.—La registradora suspende la calificación porque, a su juicio, de producirse una inscripción, podría estar en contradicción con el resultado del expediente de nombramiento de auditor; Que el argumento no es admisible porque se trata de dos

inscripciones registrales (la del aumento y, en su caso, la de designación de auditor), completamente distintas sin que guarden conexión entre sí; Que sólo existe esa conexión en el supuesto de aumento de capital por compensación de créditos del artículo 303 de la Ley de Sociedades de Capital no aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada. En consecuencia, aun si la Dirección General acepta la designación de auditor ninguna intervención tiene o tendría en el aumento de capital con cargo a aportaciones no dinerarias, y Que no existe la contradicción o conexión entre títulos que reclama la nota de la registradora pues estamos ante inscripciones totalmente distintas.

Tercero.—Que la registradora fundamenta su negativa en la situación de conflicto derivada del no reconocimiento de la condición de socio, conflicto que admite que deriva del incumplimiento de la previsión del artículo 109 de la Ley de Sociedades de Capital y del artículo 7.4 de los estatutos. Aunque la registradora afirma que no puede entrar a valorar la nulidad de las transmisiones de participaciones lo cierto es que si lo hace al aceptar la condición de socio de quien no lo es exigiendo que se le convoque a una junta general y obligando a la sociedad a aceptarle como tal. Por el contrario, si se inscribe el aumento de capital acordado válidamente por la junta general de la sociedad y el pretendido socio quisiera impugnar el acuerdo tendría que, para acreditar su legitimación, demostrar el cumplimiento de que se han cumplido las exigencias del artículo 109 de la Ley de Sociedades de Capital, y Que la inscripción del aumento de capital social beneficiaría a la sociedad al reforzar su situación, beneficia al socio aportante porque ingresa en la sociedad o refuerza su posición y beneficia a los terceros al aumentar la solvencia de la sociedad. Por el contrario, al socio ficticio no le perjudica en absoluto la inscripción en el Registro Mercantil pues su presencia en la junta sería del todo irrelevante pues ni habría modificado las mayorías ni habría ostentado derecho de suscripción preferente al llevarse a cabo el aumento de capital con cargo a aportaciones no dinerarias.

Cuarto.—Que la registradora ha realizado de facto un cierre registral si el socio ficticio no plantea judicialmente, que es donde corresponde, su pretensión de que se le reconozca la condición de socio; Que a dicho socio no se le va a convocar hasta que por un tribunal se decida en sentido contrario, y Que si la petición de un auditor impide el acceso a la sociedad al Registro Mercantil y se niega la inscripción de sus acuerdos se está poniendo la vida de la sociedad en manos de un chantajista que puede coaccionar a la sociedad impidiendo a esta el cumplimiento de sus obligaciones legales.

Quinto.—Que la registradora también rebaja la actuación del presidente de la junta general que la declaró válidamente constituida. Las Resoluciones que se citan hacen referencia a una serie de circunstancias excepcionales que permiten tener por no hecha la constitución y que no son comparables. Que como resulta de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de enero de 2019, el socio debería haber acreditado su condición, cosa que no ha ocurrido por lo que prevalece la declaración del presidente, y Que no concurre ninguno de los supuestos excepcionales que permiten lo contrario.

Sexto.—Que sorprende que la registradora suspenda la calificación y luego la lleve a cabo al afirmar que no se encuentra vinculada por el presidente de la junta general; Que no se puede sostener que la actuación del presidente es patentemente ilegal por lo que si su declaración no aparece contradicha por ninguno de los documentos presentados debía ser respetada; Que la registradora, lejos de sentirse vinculada por la declaración del presidente, entiende que existen dos títulos contradictorios o conexos, ordenando esperar a que se resuelva el procedimiento sobre designación de auditor, que no es una actividad de calificación, como ha reiterado la Dirección General de los Registros y del Notariado, y Que, de conformidad con la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de junio de 2017, si las vicisitudes del documento primeramente presentado no afectan al presentado con posterioridad la calificación negativa del primero no puede afectar al despacho del segundo.

IV

La registradora Mercantil, tras la oportuna instrucción del expediente, emitió informe el día 16 de junio de 2020, ratificándose en su calificación, y elevó el expediente a este Centro Directivo. Del expediente no resulta que el notario autorizante llevase a cabo alegación alguna.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 18 y 20 del Código de Comercio; 253, 263, 265.2, 270, 272 y 279 de la Ley de Sociedades de Capital; la disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social; los artículos 38 y 326 de la Ley Hipotecaria; 10 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial; 40 y 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 6 de la Ley 15/2015, de 2 julio, de la Jurisdicción Voluntaria; 354, 358, 359, 366.1.5.º, 368 y 378 del Reglamento del Registro Mercantil; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de noviembre de 2002, 29 de enero y 22 de mayo de 2003, 16 de diciembre de 2005, 31 de agosto de 2007, 4 de julio de 2008, 11 de febrero, 26 de junio y 6 de noviembre de 2009, 15 de noviembre de 2011, 12 de noviembre de 2012, 3 de diciembre de 2013, 18 de noviembre de 2015, 18 y 19 de enero de 2016, 15 de junio y 14 de septiembre de 2017, 28 de febrero y 27 de julio de 2018 y 23 de enero, 20 de marzo y 15 y 23 de julio de 2019, y las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 3 y 7 de febrero y 4 de junio de 2020.

1. Presentada escritura de elevación a público de acuerdos sociales de aumento de capital de una sociedad de responsabilidad limitada, la registradora Mercantil suspende la calificación. Fundamenta su decisión en la existencia de un previo expediente de designación de auditor a instancia de la minoría en el que se ha accedido a la solicitud del instante. Dicho expediente, en el que la sociedad no reconoce el carácter de socio del instante, ha sido objeto de recurso ante esta Dirección General. La resolución de suspensión entiende que existiendo indeterminación sobre si el solicitante de la auditoría es socio, no puede despacharse la escritura de aumento de capital al haber sido adoptado dicho acuerdo en una junta general a la que aquél no fue convocado.

Son hechos relevantes en la resolución del presente expediente, los siguientes:

– Mediante escritura pública de venta de unidad productiva en procedimiento concursal en fase de liquidación aprobada judicialmente, se transmiten participaciones sociales de la entidad «Paynopain Solutions, S.L.».

– El adquirente solicita del Registro Mercantil el nombramiento de auditor, por lo que la entidad «Paynopain Solutions, S.L.», tiene conocimiento de la transmisión realizada.

– La entidad «Paynopain Solutions, S.L.» afirma que no se han cumplido los requisitos legales y estatutarios de transmisión de las participaciones sociales, por lo que no hace constar en el Libro Registro de participaciones la indicada transmisión y se opone al nombramiento de auditor.

– El notario de Castellón de la Plana, don Joaquín Serrano Yuste, es requerido por don J. N. C., como administrador solidario de la sociedad «Paynopain Solutions, S.L.», al efecto de que levante el acta de la junta general de la sociedad a celebrar ese mismo día en la Notaría, resultando que los dos socios han sido convocados por medio de burofax.

– La indicada convocatoria se realiza no al adquirente de las participaciones sociales, sino a su transmitente, por entender el órgano de administración convocante, que no se han cumplido los requisitos legales y estatutarios para la válida transmisión de las participaciones sociales, por lo que dicha transmisión no ha tenido reflejo en el Libro Registro de participaciones sociales.

– De la diligencia del mismo día resulta la presencia de un único socio que representa el 70,77% del capital social por lo que no se considera preciso el nombramiento de presidente y secretario de la junta.

– Tras la declaración por parte del único socio compareciente de la válida constitución de la junta general se adoptan determinado acuerdo de ampliación de capital y subsecuente modificación de los estatutos sociales.

– En la misma fecha el notario autoriza escritura número 1.007 de su protocolo en la que comparece el administrador de la sociedad «Jorjavi Crew, S.L.» y eleva a público el acuerdo unánime de la junta general y universal de la sociedad adoptado el mismo día 24 de marzo de 2020 de ejercer el derecho de preferencia en el aumento de capital de la sociedad «Paynopain Solutions, S.L.».

– En la misma fecha el notario autoriza acta de manifestaciones número 1.008 de su protocolo por la que el administrador de la sociedad «Paynopain Solutions, S.L.», manifiesta haber tenido conocimiento del anterior ejercicio de derecho de preferencia.

– En la misma fecha el notario autoriza escritura número 1.009 de su protocolo en la que comparece el administrador de la sociedad «Paynopain Solutions, S.L.» y eleva a público el acuerdo adoptado por la junta general de la sociedad sobre aumento de capital.

2. Es cierto, como se señala debidamente en la resolución, que es doctrina reiterada de la Dirección General de los Registros y del Notariado (vid. Resoluciones de 28 de febrero de 2018 y 20 de marzo de 2019 y Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 4 de junio de 2020, entre otras), que ante una situación de indeterminación sobre el estado del Registro cuando se solicita una designación de auditor, el registrador mercantil debe esperar a que la misma adquiera firmeza.

Hasta ese momento no se podrá determinar la situación registral y, en consecuencia, la procedencia o no de designar un auditor a instancia de la minoría con las consecuencias que de ello se derivan en nuestro ordenamiento jurídico (artículos 272 y 279 de la Ley de Sociedades de Capital). En los supuestos normales, pendiente la decisión del registrador sobre la procedencia de designación de un auditor voluntario por la sociedad habrá que esperar a que se finalice el oportuno procedimiento registral. Hasta ese momento la situación registral no resultará definitiva y no podrá el registrador decidir sobre el resto de solicitudes de asiento que estén presentadas en el Registro Mercantil.

Si la resolución del registrador, estimatoria o desestimatoria, ha sido impugnada ante esta Dirección General, la indeterminación sobre si definitivamente procederá o no el nombramiento afecta al contenido del Registro por lo que la decisión sobre si procede o no la designación de auditor previsto en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital deberá demorarse hasta que quede resuelta en vía administrativa.

Esta doctrina es plenamente coherente con la regulación de nuestro ordenamiento jurídico que prevé que el registrador de la propiedad no emita calificación hasta que la situación del contenido del Registro sea definitiva (vid. artículo 18 de la Ley Hipotecaria).

Este mismo esquema de cosas se reproduce en el ámbito del Registro Mercantil sin que la particular existencia de más de un Libro Diario altere el principio general del artículo 18.4 del Código de Comercio dada la coordinación prevista en el ordenamiento (vid. artículos 23, 29, 80 y 358.2 del Reglamento del Registro Mercantil).

3. Dicha doctrina ha sido elaborada en el contexto de la solicitud de designación de auditor a instancia de la minoría al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital con la finalidad de resolver el conflicto que se produce cuando se trata de enervar la solicitud del minoritario con la afirmación de que ya existe un auditor voluntario designado por la propia sociedad cuya solicitud de inscripción en el Registro Mercantil está pendiente de despacho.

Desde las tempranas Resoluciones de 3 de abril y 6 de mayo de 1991, la Dirección General ha ido reiterando una doctrina que trata de evitar la coexistencia de dos auditores para llevar a cabo la misma tarea, tal y como sancionó la Sala Primera del

Tribunal Supremo en su conocida Sentencia número 240/2007, de 9 de marzo al afirmar lo siguiente: «Hay que añadir a ello la consolidada opinión emitida reiteradas veces por la Dirección General de Registros y del Notariado (Resoluciones del Centro Directivo de 3, 4, 17, 22, 23, 24, 25 y 26 de abril, 3, 8, 9, 11, 18 y 28 de mayo, 3 de junio y 3 de septiembre de 1991; 24 de junio de 1992, etc.) en orden a considerar que el derecho del accionista a solicitar la auditoría prevista en el artículo 205.2 LSA queda enervado por el encargo de una auditoría voluntariamente realizado por los administradores (Resoluciones de 17, 24 y 26 de abril, 6 y 18 de mayo de 1991, 24 de junio de 1992, etc.), estimándose indiferente el origen de la designación (Juez, Registrador, Órganos sociales), lo que viene razonándose en el sentido de que "dicho auditor ha de conducirse en sus actuaciones bajo estrictos y exclusivos criterios de independencia y de profesionalidad" (Resoluciones de 3 de septiembre y 15 de octubre de 1991) y "ajustada a la legislación sobre auditoría de cuentas y a los artículos 208 y 209 LSA" (Resoluciones de 4 y 11 de septiembre de 1991), ya que la finalidad del artículo 205.2 LSA no es que la auditoría se realice a instancia de un determinado socio sino que aquella efectivamente se realice y el socio pueda tener perfecto conocimiento de la contabilidad de la sociedad (Resolución del 29 de junio de 1992)».

De este modo cuando existe un asiento pendiente de presentación en el Registro Mercantil de solicitud de inscripción de auditor voluntario es preciso suspender el procedimiento de designación de auditor a instancia de la minoría hasta que se decida en aquél otro procedimiento si se lleva a cabo o no la inscripción.

De esta circunstancia dependerá la estimación o la desestimación en este otro procedimiento de solicitud de designación de auditor a instancia de la minoría (vid. Resoluciones en sede de recursos en expediente de designación de auditor de fechas 27 de abril de 2015 y 31 de enero de 2018).

Como se puede observar el fundamento último es que lo que se resuelva en el procedimiento de inscripción incide directa e inmediatamente en lo que ha de decidirse en el procedimiento de designación de auditor.

4. Esta misma doctrina ha sido formulada por esta Dirección General, por ser idéntica la cuestión de fondo, en aquellos supuestos en los que la indeterminación es la contraria.

La indeterminación del estado del Registro se plantea porque es el expediente de designación de auditor a instancia de la minoría el que no ha finalizado.

Cuando se solicita el depósito de cuentas de una sociedad sin que resulte del contenido del Registro si dicha sociedad está obligada o no a verificar sus cuentas anuales como consecuencia del ejercicio por un socio del derecho previsto en el artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital, es preciso suspender aquella decisión en tanto no se resuelva definitivamente la cuestión (vid. Resoluciones en sede de recursos contra la calificación de fechas 4 de octubre de 2014, 18 de enero de 2016 y 19 de enero de 2019, entre otras).

Nuevamente el fundamento último es que no se puede resolver sobre el depósito de las cuentas anuales si antes no existe una decisión definitiva sobre si la sociedad está obligada o no a verificarlas. Es la vinculación directa e inmediata de ambas cuestiones la que impone la solución.

La expresión legal de este fundamento es el artículo 18.4 del Código de Comercio cuando afirma en su inciso final: «Si el título hubiera sido retirado antes de la inscripción, tuviera defectos subsanables o existiera pendiente de inscripción un título presentado con anterioridad, el plazo de quince días se computará desde la fecha de la devolución del título, la subsanación o la inscripción del título previo, respectivamente».

La pendencia de un título anterior determina la imposibilidad de despacho de otro presentado con posterioridad pues de aquél dependerá el estado del Registro que condicionará la decisión sobre éste.

En términos similares el denominado principio de prioridad que consagrado legalmente, en el ámbito hipotecario, en el artículo 17 de la Ley Hipotecaria tiene su reflejo mercantil en el artículo 10.1 del Reglamento del Registro Mercantil cuando afirma:

«Inscrito o anotado preventivamente en el Registro Mercantil cualquier título, no podrá inscribirse o anotarse ningún otro de igual o anterior fecha que resulte opuesto o incompatible con él. Si sólo se hubiera extendido el asiento de presentación, tampoco podrá inscribirse o anotarse durante su vigencia ningún otro título de la clase antes expresada».

Esta forma de proceder no es exclusiva del procedimiento registral sino que es propia del orden civil tal y como resulta de la regulación que sobre la litispendencia contiene la Ley de Enjuiciamiento Civil (vid. artículos 40 y 43, y más modernamente, la Ley 15/2015, de 2 julio, de la Jurisdicción Voluntaria -artículo 6.3-, pero siempre que la cuestión a decidir en un procedimiento pueda tener «influencia decisiva en la resolución» de otro asunto -artículo 40.1.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil-, o el «objeto de litigio constituya el objeto principal de otro proceso» -artículo 43 del mismo cuerpo legal-, o pudiese afectar al procedimiento de jurisdicción voluntaria -artículo 6.3 de su ley reguladora-).

Dejando de lado el hecho de que la existencia de un procedimiento jurisdiccional no afecta al desenvolvimiento del procedimiento registral sino en los casos y condiciones establecidos en la norma (artículo 42 de la Ley Hipotecaria en relación con los artículos 156 a 157 del Reglamento del Registro Mercantil), lo que importa ahora destacar es que toda presentación previa produce efecto suspensivo siempre que su objeto incida directamente en el modo en que ha de resolverse la posterior.

Cuando no es así, esta Dirección General ha declarado la improcedencia de exigir la previa inscripción de títulos como ocurrió en el supuesto de la Resolución de la Dirección General de 29 de enero de 2018.

5. En el ámbito del Registro Mercantil la cuestión ha cobrado especial relevancia cuando resulta que la constitución de una junta general de una sociedad no ha tenido en cuenta la existencia de socios cuya condición resulta del Registro, a pesar de la declaración del presidente sobre su válida constitución.

Las Resoluciones de 23 y 24 de enero de 2019 resumieron de esta forma la trascendencia que tiene dicha declaración y los supuestos en que el registrador puede prescindir de ella y considerar que la constitución de la junta general no reúne los requisitos legales: «Esta Dirección General (vid. Resoluciones de 5 de agosto de 2013 y 24 de octubre de 2016, referidas a una sociedad de responsabilidad limitada, y la de 3 de abril de 2017, respecto de una sociedad anónima) ha tenido ocasión de recordar 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). Esta Dirección General tiene declarado en una dilatadísima doctrina (vid., por todas, la Resolución de 29 de noviembre de 2012) que corresponde al presidente realizar la declaración sobre la válida constitución de la junta, lo que implica que previamente ha adoptado una decisión

cuando existe reclamación de reconocimiento de la condición de socio, declaración frente a la que pueden hacerse reservas o protestas (artículo 102.1.3.^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, según reiterada doctrina de este Centro Directivo, debe reconocerse 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 de enero de 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), circunstancias todas ellas que impiden tener por debidamente realizada la declaración de válida constitución de la junta. Pero fuera de estos 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».

6. Es el supuesto de privación arbitraria del derecho de asistencia y voto del socio aquel a que se refiere la presente y respecto del que la Resolución de 24 de octubre de 2016 entendió que la presidencia de la junta no podía privar de su derecho de voto a un socio por la mera existencia de un procedimiento judicial (sin que resultase la adopción de medida cautelar alguna sobre el ejercicio de los derechos inherentes), pues de lo contrario la formación de la voluntad social podría quedar a su arbitrio.

La Resolución de 15 de julio de 2019 llega a la misma conclusión en un supuesto en el que la manifestación sobre el carácter unipersonal de la sociedad estaba en patente contradicción con la documentación presentada en el registro. La Resolución de 15 de julio de 2019 lo fundamentó del siguiente modo: «Por todo ello, en el presente caso debe considerarse fundada la decisión de la registradora de denegar la inscripción del primero de los documentos presentados en tanto en cuanto el carácter unipersonal de la sociedad queda contradicho por las escrituras presentadas posteriormente, que son documentos públicos con los efectos atribuidos a los mismos en los artículos 1216, 1217 y 1218 del Código Civil y 17 bis, apartado 2.b), de la Ley del Notariado. Según este último precepto, «gozan de fe pública y su contenido se presume veraz e íntegro de acuerdo con lo dispuesto en esta u otras leyes». Y, conforme al artículo 143 del Reglamento Notarial, «los efectos que el ordenamiento jurídico atribuye a la fe pública notarial sólo podrán ser negados o desvirtuados por los Jueces y Tribunales y por las administraciones y funcionarios públicos en el ejercicio de sus competencias». Por ello, las alegaciones del recurrente sobre la existencia de un presunto fraude (por las que pretende que deje de tenerse en cuenta una escritura que aparece otorgada por él

mismo reconociendo la existencia de la referida condición suspensiva) no pueden ser valoradas por la registradora sino por los tribunales competentes».

La Resolución de 23 de julio de 2019 hace uso de la misma doctrina para confirmar la nota de calificación en un supuesto en que el presidente no había considerado como legitimados a quienes ostentaban la calidad de herederos de un socio por el hecho de que otros socios habían ejercitado el derecho de adquisición preferente, que los estatutos preveían para el caso de transmisión «mortis causa» de participaciones, al resultar de la documentación presentada que no se había consumado el proceso de adquisición y pago del precio.

La misma Resolución antes citada de 23 de enero de 2019, en relación al valor del Libro Registro manifiesta lo siguiente: «Respecto de las referencias de dicho socio al libro registro de acciones nominativas, cabe recordar (vid. la Resolución de 26 de noviembre de 2007) que la inscripción en el mismo tiene una finalidad esencialmente legitimadora, no constitutiva, de suerte que la sociedad ha de reputar como accionista a quien figure inscrito como tal en aquel libro (artículo 116.2 de la Ley de Sociedades de Capital). Se trata de una anotación que despliega su eficacia en las relaciones entre la sociedad y el socio. En este ámbito, y limitado el presente análisis a la esfera de la legitimación activa del socio para ejercitar los derechos inherentes a la acción, la inscripción en el libro registro genera una presunción “iuris tantum” (cfr. artículo 385.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) que actúa a favor del socio (en el sentido de que le libera de la obligación de exhibir el título de la acción -cfr. artículo 122 de la Ley de Sociedades de Capital-) y, fundamentalmente, en beneficio de la sociedad, que podrá reputar como socio a quien figure en dicha anotación, lo que no impide que dicha entidad pueda, a riesgo suyo, permitir el ejercicio de tales derechos a quien según le conste ostente dicha titularidad societaria aunque no ésta no haya obtenido el oportuno reflejo librario. Ha de reconocerse que el presidente de la junta es la persona llamada a declarar válidamente constituida la misma, determinando qué accionistas asisten a ella presentes o representados y cuál es su participación en el capital social, así como a proclamar el resultado de las votaciones. Por ello, en el presente caso, y a los efectos de la inscripción solicitada, no puede entender el registrador que el presidente de la junta, designado judicialmente, haya actuado incorrectamente al admitir la titularidad de las acciones de los socios asistentes que, a juicio de aquél, habían acreditado tal cualidad que debe prevalecer ante la irregularidad y carácter incompleto del libro de socios apreciados por él, quedando a salvo el derecho de cualquier interesado a impugnar judicialmente dicha apreciación».

7. A la luz de la doctrina expuesta el recurso no puede prosperar al resultar del contenido del Registro que un socio ha solicitado y obtenido de la registradora Mercantil la resolución de que procede la designación de auditor al amparo del artículo 265.2 de la Ley de Sociedades de Capital.

En el procedimiento de designación que se lleva a cabo en ejercicio de la competencia reconocida en el citado artículo, en el artículo 16.2 del Código de Comercio y en los artículos 350 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, el solicitante ha aportado una escritura pública de adquisición de participaciones sin que la administración de la sociedad haya desvirtuado la condición de socio. Dicha transmisión de participaciones sociales se ha realizado en un proceso de liquidación concursal por la que se transmite con autorización judicial la venta de unidad productiva.

Es claro que la apreciación de dicha condición, de producirse, resulta incompatible con la omisión que de la misma se lleva a cabo en el documento presentado y cuya calificación ha sido suspendida.

La resolución de la registradora sobre la procedencia de la designación de auditor había sido impugnada en alzada al tiempo de la suspensión de la calificación de la escritura de aumento de capital.

Su resolución de suspensión es plenamente acertada a la luz de la doctrina expuesta y sin que quepa alegar la declaración sobre la válida constitución de la junta general que

lleva a cabo el presidente por resultar del contenido del registro una situación de indeterminación que obligaba a la registradora a actuar como lo hizo.

No puede el registrador actuar como si su función se desplegara en compartimentos estancos porque el Registro a su cargo es único y tanto da el tipo de asiento, los libros en que se extiende o los expedientes y procedimientos seguidos: al calificar documentos o tramitar expedientes no puede el registrador, sin faltar a su función, prescindir de hechos auténticos relevantes cuya existencia resulte de procedimientos «especiales» pendientes para dar publicidad formal o para practicar asientos en libros de inscripciones o en expedientes vinculados con el que tramite.

Más aún cuando la autenticidad del hecho presupuesto del derecho y de la legitimación resulta de un documento notarial no discutido judicialmente cuyo contenido obra en el Registro y habida cuenta que el interesado siempre puede acudir al juez, incluso en procedimiento cautelar susceptible de acceder al Registro para la defensa de sus derechos contra el asiento inexacto.

Por lo demás, la falta de inscripción en el libro registro de socios, no es determinante de la privación de legitimación cuando el reconocimiento de la condición de socio es un hecho debido que no puede desconocer la sociedad. Debe señalarse el carácter prevalente del artículo 106.2 de la Ley de Sociedades de Capital al decir «el adquirente de las participaciones sociales podrá ejercer los derechos de socio frente a la sociedad desde que ésta tenga conocimiento de la transmisión o constitución del gravamen». De lo contrario, estaría en manos del órgano de administración no inscribir o demorar el hecho material debido para evitar que el socio ejercite válidamente sus derechos.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de suspensión 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, 27 de diciembre, y los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 9 de septiembre de 2020.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.