

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**15774** *Resolución de 19 de noviembre de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora mercantil de Cádiz a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos de la junta general de una sociedad.*

En el recurso interpuesto por don Manuel Gómez Ruiz, notario de Chiclana de la Frontera, contra la negativa de la registradora mercantil de Cádiz, doña Ana María del Valle Hernández, a inscribir una escritura de elevación a público de acuerdos de la junta general de la sociedad «Proreben, S.L.».

#### Hechos

I

Mediante escritura autorizada por don Manuel Gómez Ruiz, notario de Chiclana de la Frontera, el día 23 de junio de 2020, con número 638 de protocolo, se elevaron a público determinados acuerdos de nombramiento de auditores, titular y suplente adoptados el 2 de junio de 2020 por la junta general de la sociedad «Proreben, S.L.». Dicha escritura tiene como base un acta autorizada por el mismo notario, instada el 12 de mayo de 2020, de requerimiento para notificar la convocatoria de la junta general con determinados documentos anexos y para dejar constancia del resultado de las votaciones por escrito y sin sesión sobre los distintos puntos del orden del día.

II

El 13 de julio de 2020 se presentó dicha escritura, junto al acta referida, en el Registro Mercantil de Cádiz, y fue objeto de calificación por la registradora, doña Ana María del Valle Hernández, el 31 de julio de 2020 por la que resolvió no practicar la inscripción con base en los siguientes «Fundamentos de Derecho (defectos)»:

«1. Cabe establecer en los estatutos de una sociedad limitada la asistencia y votación telemática de los socios en la junta general, siempre y cuando se asegure que los asistentes remotos tengan noticia en tiempo real de lo que ocurre y en la medida en que los socios puedan intervenir. También parece admisible una cláusula estatutaria que permita la emisión del voto a distancia anticipado en las juntas - generales de socios, o la adopción de acuerdos por parte de los socios "por escrito y sin sesión" (sin - necesidad de reunirse formalmente en junta) siempre y cuando todos los socios manifiesten su conformidad para la adopción de los acuerdos sin necesidad de sesión; los asuntos sobre los que se recabe el acuerdo de la Junta sean susceptibles de voto simplemente afirmativo o negativo; las comunicaciones se realicen por escrito físico o electrónico o por cualquier otro medio de comunicación a distancia que garantice debidamente la identidad del sujeto que la realiza, así como la integridad de su contenido; y quede constancia fehaciente en acta del procedimiento seguido y de los acuerdos adoptados, expresando la identidad de los socios, la conformidad de todos ellos con el procedimiento, el sistema utilizado para formar la voluntad de la Junta y el voto emitido por cada socio. Ambas posibilidades ya aparecen recogidas por la ley para las sociedades anónimas, pero siempre y cuando esa posibilidad esté contemplada en los estatutos.

Con ocasión de la situación excepcional motivada por la COVID-19, el artículo 40.1 permite hasta el 31 de diciembre de 2020 que, aunque no esté previsto en estatutos, los

órganos de administración de las sociedades mercantiles y las juntas de socios puedan celebrarse por videoconferencia o por conferencia telefónica múltiple, siempre que todos los miembros del órgano de administración o todas las personas que tengan derecho de asistencia o quienes los representen dispongan de los medios necesarios, el secretario reconozca su identidad y así lo exprese en el acta. Pero el artículo 40.2 sólo se permite la adopción de acuerdos por escrito y sin sesión a el órgano de administración, siempre que lo decida el presidente y cuando lo soliciten al menos dos miembros del órgano. El artículo 40.1 fue modificado para permitir el sistema de vídeo o teleconferencia no sólo al órgano de administración, sino también a la junta. Pero sin embargo no se modificó el 40.2 para aplicar el sistema de votación por escrito y sin sesión para la celebración de juntas de socios o para la adopción de acuerdos por los socios sin estar efectivamente reunidos en junta como establece el artículo 159 Ley Sociedades de Capital. Esto sólo sería admisible si estuviese previsto en los estatutos, (artículos 159, 160, 182 Ley Sociedades de Capital (Artículos 15 y 19 de los estatutos sociales, Artículo 40.1 y 2 Real Decreto Ley 8/2020. Resoluciones Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 8-1-2018, 19-12-2012, 27-12-17).

2. No puede considerarse como Junta universal aun cuando comparecieron en la notaría dos de los socios que, a mayor abundamiento, manifiestan, según afirma el Notario y reflejan en su escrito, que la situación motivada por la COVID no condiciona que los acuerdos se realicen por escrito y sin sesión durante el estado de alarma, y consideran que la Junta es nula (artículos 159, 164, 165 y 178 Ley Sociedades de Capital).

3. El acta que se acompaña no puede considerarse como un acta notarial de Junta pues el Notario no ha sido requerido para ello, ni cumple los requisitos señalados en los artículos 101 y 102 del Reglamento del Registro Mercantil. Se trata, como así la califica el Notario, de un acta de requerimiento para notificar la convocatoria de la Junta, de notificación de la misma y de requerimiento para consignar el resultado de las votaciones (arts. 101, 102 y 105 Reglamento Registro Mercantil).

4. La escritura de elevación a público de los acuerdos adoptados requiere un acta de la junta y se hace tomando como base una certificación de la misma expedida por el administrador, la propia acta (que debe ser aprobada) o testimonio notarial del Libro de actas. Y tienen que cumplirse los requisitos que establece el artículo 97 Reglamento del Registro Mercantil para el acta y el 112 para la certificación de la misma, (artículos 97, 98, 99, 107 y 112 Reglamento del Registro Mercantil).

5. Deben relacionarse los datos de identificación y la aceptación a sus designaciones por parte de los auditores (Artículos. 38, 138, 141 y 154 del Reglamento del Registro Mercantil).

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: (...) [Sigue ofrecimiento de recursos].»

Esta calificación fue notificada al notario autorizante de la escritura referida el 4 de agosto de 2020.

### III

El notario autorizante, don Manuel Gómez Ruiz, interpuso recurso contra la anterior calificación el 3 de septiembre de 2020, si bien únicamente respecto de los cuatro primeros defectos, mediante escrito que causó entrada en el Registro Mercantil de Cádiz el día siguiente. En dicho escrito alega lo siguiente:

«Primero. En relación con el fundamento de Derecho 1.º (defectos) de la resolución recurrida, relativo a la posibilidad de celebrar Junta General de sociedad limitada durante el estado de pandemia sin sesión y por escrito.

Interesa poner de manifiesto, en mi opinión, las circunstancias en que se produjo la celebración de la Junta General a que se refiere la calificación recurrida que tuvo lugar el cinco de junio del presente año, en plena vigencia del estado de alarma decretado en nuestro país por el Decreto 463/2020 de 14 de marzo. En la exposición de motivos del R.D. ley 8/2020 de 17 de marzo de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, en su apartado VII se hace constar que "Ninguna duda ofrece que la situación que afronta nuestro país por la declaración de emergencia de salud pública de importancia internacional, unida a la reciente declaración de estado de alarma, generan la concurrencia de motivos que justifican la extraordinaria y urgente necesidad de adoptar diversas medidas. En el actual escenario de contención y prevención del COVID-19 es urgente y necesario atajar la epidemia y evitar su propagación para proteger la salud pública a la vez que se adoptan medidas de contenido económico para afrontar sus consecuencias".

Igualmente, en el apartado VI de la misma exposición de motivos se señala "Se establecen una serie de medidas extraordinarias aplicables al funcionamiento de los órganos de gobierno de las personas jurídicas de derecho privado e igualmente se establecen una serie de medidas extraordinarias aplicables al funcionamiento de los órganos de gobierno de las sociedades cotizadas".

De todo ello se deduce el propósito del Gobierno mediante la legislación excepcional contenida en los Reales Decretos-ley 8/2020, y 11/2020 (que reformó algunos aspectos del anterior) de permitir, con carácter excepcional y en aras de la salud pública, el funcionamiento y adopción de acuerdos por parte de las sociedades mercantiles evitando, en lo posible el desplazamiento de sus socios, para evitar riesgos innecesarios. A tal fin se previó en el artículo 40 de los reales decretos citados un mecanismo de adopción de acuerdos, aunque no estuviera previsto en los estatutos sociales, bien por videoconferencia o por conferencia telefónica múltiple, bien por escrito y sin sesión.

Es cierto que en el segundo de los reales decretos citados se introdujo un segundo párrafo en el artículo 40.1 regulando la celebración por vídeo o conferencia telefónica múltiple de las Juntas o asambleas de asociados o de socios, y que dicho párrafo no figura en el apartado 2.º que regula la celebración de dichas reuniones por escrito y sin sesión, pero dicho párrafo 2.º sigue diciendo que "Aunque los estatutos no lo hubieran previsto, durante el periodo de alarma, los acuerdos de los órganos de gobierno y de administración de las sociedades civiles y mercantiles... podrán adoptarse mediante votación por escrito y sin sesión siempre que lo decida el presidente y deberán adoptarse así cuando lo solicite, al menos, dos de los miembros del órgano"; es decir, se diferencia entre órganos de gobierno y de administración. Y si por órganos de administración debemos entender necesariamente el Consejo de Administración, o el concreto sistema de administración previsto estatutariamente para una compañía, ¿no puede entenderse que el órgano de gobierno de la misma es la Junta General a la que el artículo 160 de la Ley de Sociedades de capital atribuye las funciones de deliberar y acordar sobre los asuntos fundamentales de la sociedad?

Las mismas razones de excepcionalidad y salud pública deberían avalar pues que, en orden a evitar desplazamientos y reuniones de socios en circunstancias de pandemia, puedan celebrarse tanto las reuniones del órgano de administración como las de la Junta general de la sociedad sin sesión y por escrito.

En este sentido en el comunicado conjunto del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles y la CMNV de 28 de abril de 2020 sobre la Juntas Generales de la sociedades cotizadas (y que el mismo comunicado considera que pueden prestar utilidad a las sociedades que pudiéramos llamar normales), convocadas para su celebración mientras estén en vigor restricciones o recomendaciones derivadas de la crisis sanitaria, de 28 de abril de 2020, se establece, entre otras recomendaciones que "las entidades deben arbitrar medidas que permitan la celebración de las Juntas Generales de manera compatible con las restricciones establecidas sobre movilidad de personas o respecto de reuniones con más de cierto número de personas".

Por ello se señala "los consejos de administración de las sociedades cotizadas deben tener el margen de flexibilidad preciso para, dentro del marco legal aplicable, 'adoptar medidas y soluciones que contribuyan a preservar la salud de las personas y evitar la propagación del virus, aunque no estén expresamente contempladas en los estatutos, el reglamento de la junta, o en las convocatorias realizadas, siempre que se garantice de modo efectivo el ejercicio de los derechos de información, asistencia y voto de los accionistas y la igualdad de trato entre aquellos que se hallen en la misma posición".

Y sobre este punto, y en cuanto a las garantías que debe reunir la celebración de dicha Junta General, debe considerarse que, en la convocatoria de la Junta general, que es objeto del presente recurso, se puso a disposición de todos los socios, por conducto notarial, toda la documentación que iba a ser votada en dicha Junta, por lo que los mismos tuvieron pleno conocimiento de los asuntos a tratar en la misma, con lo que se garantizó su derecho de información.

Igual habría que afirmar respecto del derecho de asistencia y voto que quedó garantizado y facilitado a todos los socios por la posibilidad de emitir su voto por correo, o compareciendo ante Notario al efecto de emitir dicho voto, en igualdad de condiciones para todos los socios de la compañía, como efectivamente tuvo lugar.

Por otra parte, los asuntos sometidos a votación son susceptibles de voto simplemente afirmativo o negativo (se trata de aprobación de las cuentas anuales, aplicación de resultado del ejercicio social en los términos que resultan de la información remitida fehacientemente a los socios, nombramiento de auditor y delegación de facultades para complementar, desarrollar, ejecutar, subsanar y elevar a público los acuerdos que se adopten en la Junta general de socios), las votaciones de los diferentes socios de la compañía garantizaron la integridad de su contenido y la identidad del socio que la realiza, ya que las mismas se realizaron con intervención notarial, quedando así constancia fehaciente del procedimiento de votación utilizado.

Las sucesivas diligencias contenidas en el acta autorizada por mí identificaron fehacientemente a los socios que ejercieron su derecho de voto, y dejaron igualmente constancia fehaciente del sentido de dicho voto lo cual permitió conformar de manera clara el quórum de asistencia, sin sesión y por escrito, de la Junta, así como el resultado de las votaciones y el voto de cada socio, como posteriormente se recogió en diligencia dentro de la misma acta notarial y seguidamente en la escritura de elevación a público de acuerdos sociales otorgada por el administrador de la sociedad en base a la misma.

Por todo ello considero que debe admitirse la posibilidad de aplicar el sistema de celebración de la Junta General de la sociedad Proreben, S.L sin sesión y por escrito en las circunstancias excepcionales en que la misma tuvo lugar, aplicando el procedimiento excepcional regulado a tal fin por los reales decretos citados, considerando además que por las garantías que rodearon la misma, con intervención notarial, quedaron salvaguardados los derechos de todos los socios de la compañía. Como algún autor ha comentado "En definitiva lo que propugnamos es la mayor flexibilidad posible en la interpretación de las normas mercantiles sobre la materia en estos momentos de excepción". (J.A.G.V.).

Segundo. En lo que se refiere al punto 2 de la calificación recurrida, parece claro que no se trata de una Junta Universal, en los términos regulados por la LSC, aunque también es evidente que en la mismos votaron, sobre los diferentes puntos del orden del día, todos los socios que representan el 100% del capital social en las diferentes diligencias, con intervención notarial, contenidas en dicha acta.

Tercero. En cuanto al punto tercero de la calificación que alude a la no posibilidad de considerarse como Acta Notarial de Junta General el acta autorizada por mí el 12 de mayo de 2020, número 470 de mi protocolo, es cierto que dicha Acta no es un Acta de Junta General en el sentido contemplado en los artículos 101 y 102 del RRM.

Se trata, en efecto, de un Acta de requerimiento mediante la cual se comunica a los socios la convocatoria de Junta General y se les envía la documentación que va a ser objeto de la Junta, se acredita la recepción de la convocatoria y documentación anexa, se recogen las intervenciones de todos los socios de la sociedad ejercitando su derecho de voto respecto de los diferentes puntos del orden del día, (uno de ellos mediante burofax y los otros dos mediante comparecencia en la misma acta y ante Notario), poniéndose de manifiesto el quorum de adopción de acuerdos que, posteriormente, va a servir de base al administrador de la sociedad para el otorgamiento de la escritura de elevación a público de los acuerdos sociales de la repetida Junta.

Por todo ello, y como anteriormente se ha argumentado, si se admite la posibilidad de Junta General de sociedad limitada sin sesión y por escrito, el otorgamiento de dicha acta y las sucesivas diligencias de la misma prestan una especial garantía a dicha junta, que, una vez admitida la posibilidad de dicha celebración, pudiera haberse celebrado sin dicha intervención notarial y sin la fehaciencia que de la misma se deriva.

Finalmente hay que tener en cuenta que la precariedad de la situación existente en el momento de la convocatoria y de la celebración de la Junta, y el desconocimiento por el órgano de administración de si era posible o no la celebración de ésta por medios telemáticos o conferencia telefónica múltiple, que no siempre era posible en aquellos momentos, aconsejó la convocatoria de la Junta sin sesión y por escrito, garantizándose, en la forma que ya ha quedado expuesta, que todos los socios disponían de la información adecuada, y ejercían su derecho de voto, recogiendo el mismo en acta notarial.

Cuarto. En cuanto al punto cuarto de la calificación registral éste señala que "la escritura de elevación a público de los acuerdos adoptados requiere un acta de la junta y se hace tomando como base una certificación de la misma expedida por el administrador, la propia acta (que debe ser aprobada) o testimonio notarial del libro de actas. Y tienen que cumplirse los requisitos que establece el art 97 del reglamento del Registro Mercantil para el acta y el 112 para la certificación de la misma (artículos 97,98,99,107 y 112 del reglamento del registro Mercantil)".

Sobre este punto debe afirmarse que la escritura de elevación a público de los acuerdos sociales se ha hecho en efecto por el administrador en base al acta de la junta, celebrada sin sesión y por escrito, y documentada en diligencia de 5 de junio del presente año, contenida en acta notarial autorizada por mí con el número 470 de mi protocolo, y en la que cumpliendo el requerimiento realizado por el órgano de administración en la repetida acta consigné, en base a las votaciones sobre los diferentes puntos del orden del día, el resultado de dichas votaciones y los acuerdos consecuentemente adoptados, así como el porcentaje votación de cada uno de los mismos. Queda, por tanto, fehacientemente acreditado en dicha acta el ejercicio del derecho de voto por cada uno de los socios y el sentido del voto de cada uno de ellos, así como el resultado de la votación.

Hay que tener en cuenta sobre este punto que en el párrafo 1.º del artículo 112 del RRM, apartado 2.º, se señala que "En la certificación se harán constar la fecha y el sistema de aprobación del acta correspondiente o, en su caso, que los acuerdos figuran en acta notarial", y que en este caso, aunque no se trate de acta notarial de junta general en sentido estricto, si puede afirmarse que los acuerdos adoptados figuran en acta notarial, como ha quedado detallado anteriormente, y, por tanto, puede considerarse cumplido el requisito exigido por el artículo 112 citado para la elevación a público de los acuerdos sociales de la compañía Proreben S.L.

Por todo lo anterior, considerando la excepcionalidad de la situación derivada de la vigencia de un estado de alarma, que dio lugar a medidas legislativas excepcionales, la necesidad de interpretar con la mayor flexibilidad posible las normas mercantiles sobre la materia en estos momentos de excepción, como se ha señalado anteriormente, y, como ha puesto de manifiesto en múltiples ocasiones la Dirección General, la conveniencia de salvaguardar en la medida de lo posible el normal funcionamiento de la sociedades mercantiles evitando la parálisis de las mismas, solicito de esa Dirección general acceda a



la inscripción en el Registro Mercantil de los acuerdos sociales de la compañía Proreben S.L. a que se refiere el presente recurso, dejando sin efecto la calificación recurrida.»

#### IV

Mediante escrito de 18 de septiembre de 2020, la registradora mercantil emitió informe y elevó el expediente a este Centro Directivo.

#### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 18 del Código de Comercio; 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria; 28, 159, 160, 164, 165, 178, 181, 182, 183, 189, 192, 210.3, 230, 233, 521 y 522 de la Ley de Sociedades de Capital; 41 y 41 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19; la disposición final 1.13 del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19; artículos 94, 97, 98, 99, 101, 102, 103, 104, 105, 107 a 112, 126, 175 y 186 del Reglamento del Registro Mercantil; la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2012; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de agosto de 1998, 13 de noviembre de 1999, 22 de junio de 2000, 3 de mayo de 2002, 1 de septiembre de 2005, 7 de abril de 2011, 27 de octubre, 29 de noviembre y 19 de diciembre de 2012, 24 de abril, 28 de junio y 28 de octubre de 2013, 28 de abril, 8 de junio, 28 de julio, 18 de octubre y 12 de diciembre de 2016, 19 de julio y 27 de diciembre de 2017, 8 de enero de 2018.

1. Según el primero de los defectos expresados en la calificación impugnada, el registrador rechaza la inscripción de la escritura de elevación a público de acuerdos adoptados por la junta general de la sociedad el 2 de junio de 2020 porque, aunque considera admisibles las cláusulas de estatutos de sociedades de responsabilidad limitada que permitan la emisión del voto a distancia anticipado en las juntas generales de socios, o la adopción de acuerdos por parte de los socios "por escrito y sin sesión" (sin necesidad de reunirse formalmente en junta) siempre y cuando todos los socios manifiesten su conformidad para la adopción de los acuerdos sin necesidad de sesión y se cumplan determinadas condiciones (como se admite expresamente para las sociedades anónimas en la Ley de Sociedades de Capital), entiende también que, a falta de previsión estatutaria, esa posibilidad de adopción de acuerdos por escrito y sin sesión se admite únicamente para los órganos de administración pero no para la junta general, según resulta de los apartados 1 y 2 del artículo 40 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.

2. Respecto de la cuestión planteada, el Preámbulo del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, pone de relieve que para permitir una respuesta adecuada a la situación excepcional originada por la pandemia de COVID-19 «Se establecen una serie de medidas extraordinarias aplicables al funcionamiento de los órganos de gobierno de las personas jurídicas de derecho privado e igualmente se establecen una serie de medidas extraordinarias aplicables al funcionamiento de los órganos de gobierno de las sociedades anónimas cotizadas».

En el apartado 1 del artículo 40, según su redacción originaria, se dispuso lo siguiente: «Aunque los estatutos no lo hubieran previsto, durante el periodo de alarma, las sesiones de los órganos de gobierno y de administración de las asociaciones, de las sociedades civiles y mercantiles, del consejo rector de las sociedades cooperativas y del patronato de las fundaciones podrán celebrarse por videoconferencia que asegure la autenticidad y la conexión bilateral o plurilateral en tiempo real con imagen y sonido de los asistentes en remoto (...)».

La posibilidad de la adopción de acuerdos por escrito y sin sesión se admitía en el apartado 2 del mismo artículo que, también en su redacción originaria, dispuso lo siguiente: «Aunque los estatutos no lo hubieran previsto, durante el periodo de alarma, los acuerdos de los órganos de gobierno y de administración de las asociaciones, de las sociedades civiles y mercantiles, del consejo rector de las sociedades cooperativas y del patronato de las fundaciones podrán adoptarse mediante votación por escrito y sin sesión siempre que lo decida el presidente y deberán adoptarse así cuando lo solicite, al menos, dos de los miembros del órgano (...)».

Ya con esta redacción inicial de tales normas cabía dudar si esa posibilidad de adoptar acuerdos sociales mediante votación por escrito y sin sesión prevista literalmente para «los órganos de gobierno y de administración» de las personas jurídicas que se citan era o no aplicable a los acuerdos de las juntas generales de las sociedades de capital. Y la conclusión que debe considerarse más ajustada a la interpretación literal y sistemática de tales normas es que esa forma excepcional de adopción de acuerdos sociales queda circunscrita a los acuerdos del órgano de administración, sin que pueda aplicarse a la junta general de socios; conclusión que fue confirmada posteriormente -pocos días después- mediante la modificación legislativa de que fue objeto dicho régimen (por la disposición final 1.13 del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo).

Es cierto que el epígrafe del artículo 41 del Real Decreto-ley 8/2020 se refiere a los «órganos de gobierno» de las sociedades anónimas cotizadas y el contenido de este precepto legal comprende tanto normas relativas al órgano de administración como a la junta general. Pero esta simple circunstancia no puede prevalecer sobre el sentido que resulta del propio contexto del artículo 40 que específicamente regula la adopción de acuerdos de las sociedades de responsabilidad limitada. Y lo esencial es que los términos empleados en este último precepto cobran todo su sentido si se repara en que se refieren tanto al órgano de administración de las sociedades mercantiles (denominación que, en puridad, corresponde al órgano de gobierno de las mismas) como a los órganos de gobierno de otras personas jurídicas. Al aludir, por ejemplo, únicamente al consejo rector de las sociedades cooperativas -apartados 1 y 2- se está excluyendo la aplicación de la norma a la asamblea general de las mismas, por lo que no tendría sentido incluir en el ámbito del mismo precepto a la junta general de las sociedades mercantiles, que es el órgano equivalente a dicha asamblea. En el apartado 3 del mismo artículo 40 se emplea el término «órganos de gobierno» para referirse exclusivamente al órgano competente para formular las cuentas anuales, que es únicamente el órgano de administración. Y en el apartado 2 la disposición que permite la adopción de acuerdos mediante votación por escrito y sin sesión se refiere a la solicitud de dos miembros del órgano, de modo que, al referirse a la consideración de los solicitantes por cabezas y no por su participación en el capital social (como sería lógico de tratarse de la junta general), denota que se alude con ello al órgano de administración. A todo ello debe añadirse que cuando la norma concierne a la junta general así se especifica expresamente (vid. apartados 5, 7 y 11 del texto del artículo 40 en su redacción originaria).

Lo que resulta determinante es que, además, la conclusión que resulta de esta interpretación literal, lógica y sistemática del referido artículo 40 en su redacción originaria ha sido confirmada por el legislador cuando, mediante la modificación operada en el mismo por la disposición final 1.13 del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, se incluye un segundo párrafo en el apartado 1 de aquel precepto para permitir expresamente que las juntas generales de socios puedan celebrarse por vídeo o por conferencia telefónica múltiple -«Aunque los estatutos no lo hubieran previsto, durante el periodo de alarma, las juntas o asambleas de asociados o de socios podrán celebrarse por vídeo o por conferencia telefónica múltiple (...)»-; precisión que no sería necesaria si la referencia a los órganos de gobierno de la sociedad contenida en el párrafo primero del mismo apartado 1 del artículo 40 incluyera la junta general (advuértase, además, que dicho párrafo primero también fue modificado simultáneamente por el Real Decreto-ley 11/2020), mientras que, pudiendo hacerlo, no se ha incluido una norma análoga para extender a este órgano soberano de la sociedad la posibilidad de adopción de acuerdos

mediante votación por escrito y sin sesión que el apartado 2 del mismo artículo 40 permite únicamente para el órgano de administración [en tal sentido, contrasta tal silencio con la previsión expresa que, ya desde su redacción originaria, contiene para las sociedades cotizadas el artículo 41.1.d) párrafo último del mismo Real Decreto-ley 8/2020 para permitir que el órgano de administración acuerde, en determinadas condiciones, «la celebración de la junta por vía exclusivamente telemática, esto es, sin asistencia física de los socios o de sus representantes»].

Por último, no puede olvidarse que las normas excepcionales, como es la que debe aplicarse en el presente caso, «no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas» (artículo 4.2 del Código Civil). Debe, por tanto, confirmarse el primero de los defectos invocados por la registradora.

3. El segundo defecto expresado en la calificación recurrida consiste en que no pueden entenderse adoptados los acuerdos en junta general universal «aun cuando comparecieron en la notaría dos de los socios que, a mayor abundamiento, manifiestan, según afirma el Notario y reflejan en su escrito, que la situación motivada por la COVID no condiciona que los acuerdos se realicen por escrito y sin sesión durante el estado de alarma, y consideran que la Junta es nula (artículos 159, 164, 165 y 178 Ley Sociedades de Capital)».

Establece el artículo 178.1 de la Ley de Sociedades de Capital que: «La junta general quedará válidamente constituida para tratar cualquier asunto, sin necesidad de previa convocatoria, siempre que esté presente o representada la totalidad del capital social y los concurrentes acepten por unanimidad la celebración de la reunión».

En consonancia con este precepto, este Centro Directivo viene declarando de forma reiterada (cfr. Resoluciones de 27 de octubre de 2012, 24 de abril y 28 de octubre de 2013 y 12 de diciembre de 2016, entre otras) que «la singularidad de la denominada Junta Universal respecto de la que no tiene dicho carácter consiste en el mantenimiento de la validez de su constitución y de los acuerdos en ella adoptados, aunque no se hubieran cumplido los requisitos de convocatoria previstos en la ley y en los estatutos, siempre que estén presentes o representados todos los socios y acuerden por unanimidad la celebración de la reunión (artículo 178.1 de la Ley de Sociedades de Capital). En tal supuesto se prescinde exclusivamente de los requisitos de convocatoria, por considerar que la presencia de todos los socios y la unanimidad exigida respecto al acuerdo de celebración de la junta garantiza el respeto de sus derechos de asistencia, información y voto cuya protección subyace a las normas sobre forma de convocatoria, que no se considera necesario cumplir en el caso de junta universal».

La unanimidad debe alcanzar también al orden del día, pues, tan fundamental es ese orden del día y su aceptación unánime que no puede tener la consideración de universal la junta a la que asistan todos los socios si no consta de forma expresa la aceptación unánime del orden del día (vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2012 y Resolución de 17 de abril de 1999). Como ha reiterado este Centro Directivo (cfr. las Resoluciones de 7 de abril de 2011, 27 de octubre de 2012 y 24 de abril de 2013), para que una junta sea universal no es suficiente la asistencia de todos los socios si no se expresa esa aceptación por unanimidad del orden del día de la misma.

En los supuestos en que sea admitida por vía estatutaria la adopción de acuerdos por escrito y sin sesión con valor de acuerdos adoptados de junta general no habría inconveniente en que se adoptaran de ese modo manteniendo la validez de tales acuerdos, aunque no se hubieran cumplido los requisitos de convocatoria previstos en la ley y en los estatutos, siempre que –también por la misma vía escrita o, en su caso, suplida esta por la presencia del socio de que se trate– todos los socios acuerden por unanimidad la adopción de tales acuerdos por escrito y sin reunión así como con aceptación unánime del orden del día. Lo que ocurre es que en el presente caso (y aunque por hipótesis hubiera existido dicha habilitación estatutaria) lo cierto es que existe una inequívoca oposición por parte de dos de los tres socios –expresada en el acta notarial– a que se adoptaran los acuerdos por esa vía. Por ello, el defecto debe ser confirmado.



4. También debe ser confirmado el tercer defecto, pues el acta que se acompaña a la escritura calificada no puede considerarse como un acta notarial de junta general de socios.

Como ha señalado este Centro Directivo (vid., por todas, Resoluciones de 13 de noviembre de 1999, 3 de mayo de 2002, 28 de junio de 2013, 28 de julio de 2014 y 19 de julio de 2017), el acta notarial de la junta general de una sociedad de capital tiene en principio (cuando sea solicitada voluntariamente por los administradores) la misma finalidad probatoria que un acta ordinaria, pero con el valor añadido de que, al ser un instrumento público, quedan bajo la fe del notario los hechos consignados en la misma. De este modo, tratándose de acta notarial de junta, no puede desconocerse que el desarrollo del proceso decisorio del órgano soberano de la sociedad consta en un documento público que, por la imparcialidad del notario, comporta una garantía para la protección de los derechos de la minoría, en cuanto se consigna en dicho título no sólo las posibles irregularidades de ese proceso sino también, en su caso, las reservas u otras manifestaciones relevantes de los socios con el fin de facilitar la impugnación de los acuerdos viciados. Asimismo, al atribuirse a dicho documento notarial el valor de acta de la junta conforme a la Ley, queda sustraída al control de quien actúa de presidente de aquélla y de los órganos sociales certificantes, por lo que implica una garantía adicional a favor de la minoría frente a los posibles abusos de todos aquéllos (cfr. artículo 203.2 de la Ley de Sociedades de Capital). Por ello, el legislador, en determinados casos y precisamente por la garantía que comporta la intervención notarial, impone la obligación de acudir a esa forma de documentación. Así ocurre en el artículo 203.1 de la Ley de Sociedades de Capital, que obliga a los administradores para requerir la presencia de notario para que levante acta de la junta general siempre que, con cinco días de antelación al previsto para la celebración de la junta, lo soliciten socios que representen, al menos, el uno por ciento del capital social en la sociedad anónima o el cinco por ciento en la sociedad de responsabilidad limitada. Según este precepto legal, en este caso los acuerdos sólo serán eficaces si constan en acta notarial. Sin duda, mediante este condicionamiento de la eficacia de los acuerdos a su constancia en acta notarial se pretende dotar a la minoría de una mayor protección.

En el presente caso el propio recurrente reconoce que el acta presentada a calificación no es un acta de junta general en el sentido contemplado en los artículos 101 y 102 del Reglamento del Registro Mercantil, sino un «acta de requerimiento mediante la cual se comunica a los socios la convocatoria de Junta General y se les envía la documentación que va a ser objeto de la Junta, se acredita la recepción de la convocatoria y documentación anexa, se recogen las intervenciones de todos los socios de la sociedad ejercitando su derecho de voto respecto de los diferentes puntos del orden del día, (uno de ellos mediante burofax y los otros dos mediante comparecencia en la misma acta y ante Notario), poniéndose de manifiesto el quórum de adopción de acuerdos que, posteriormente, va a servir de base al administrador de la sociedad para el otorgamiento de la escritura de elevación a público de los acuerdos sociales de la repetida Junta». Es indudable que, por ello, el acta referida no puede tener la consideración de acta de la junta y, por ello, habrá de ser sometida a trámite de aprobación (cfr. artículos 202 y 203 de la Ley de Sociedades de Capital y 101 a 105 del Reglamento del Registro Mercantil).

5. Como consecuencia de las consideraciones expresadas en el fundamento anterior, debe por último confirmarse el cuarto defecto, toda vez que la elevación a público de los acuerdos sociales debe tener como base el acta o libro de actas, testimonio notarial de los mismos o certificación de los acuerdos; y también podrá realizarse tomando como base la copia autorizada del acta, cuando los acuerdos constaren en acta notarial de la junta; todo ello en la forma establecida en los artículos 107 a 112 del Reglamento del Registro Mercantil. Y en el presente caso tales requisitos no han sido cumplidos.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso.

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, 19 de noviembre de 2020.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.