

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

2954 *Resolución de 8 de febrero de 2022, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora mercantil y de bienes muebles II de Barcelona a depositar las cuentas anuales del ejercicio 2020.*

En el recurso interpuesto por don A. L. G., en nombre y representación y como administrador único de «Alfa Gamma, S.A.», contra la negativa de la registradora Mercantil y de Bienes Muebles II de Barcelona, doña María de las Mercedes Barco Vara, a depositar las cuentas anuales del ejercicio 2020.

Hechos

I

Se solicitó del Registro Mercantil de Barcelona la práctica del depósito de las cuentas correspondientes al ejercicio 2020 de la sociedad «Alfa Gamma, S.A.», con presentación de la documentación correspondiente el día 30 de julio de 2021.

II

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

«N. Entrada: 02/4002576

Documento calificado: relativos a cuentas anuales 2020

Hechos. En fecha 30/07/2021 fueron presentados en este Registro documentos de cuentas anuales relativos a la empresa "Alfa Gamma, SA", causando el asiento de presentación 1350 del Diario 1186, y el Registrador que suscribe, previo examen y calificación de los documentos, de conformidad con los artículos 18.2 del Código de Comercio, 15.2 y 368 del Reglamento del Registro Mercantil, con la conformidad de los cotitulares, ha acordado suspender el depósito solicitado, en razón de las causas impeditivas y de las motivaciones jurídicas que a continuación se indican.

Fundamentos de Derecho. Son defectos que impiden el depósito de los documentos contables, los siguientes:

– Deberá aportarse copia auténtica del Acta Notarial de la Junta celebrada en fecha 15 de Julio de 2021, autorizada por el Notario requerido a tal efecto y que ha motivado la anotación preventiva letra A en la hoja abierta a la Sociedad. (Artículo 250 del Reglamento Notarial).

Se advierte que no se ha acompañado a las cuentas anuales depositas la hoja Covid-19 prevista en la Orden JUS/794/2021 de 22 de julio. Podrá aportarse dicho documento a través del siguiente enlace: (...)

Contra la presente calificación (...)

Esta nota de calificación ha sido firmada electrónicamente en Barcelona, el día 14 de octubre de 2021 por Doña María Mercedes Barco Vara, Registrador Mercantil número 2 de Barcelona».

III

Contra la anterior nota de calificación, don A. L. G., en nombre y representación y como administrador único de «Alfa Gamma, S.A.», interpuso recurso el día 12 de noviembre de 2021 mediante escrito y en base a lo siguiente:

«Motivos:

Primero.—El Sr. Registrador Mercantil ha acordado suspender el depósito de los documentos contables referidos (cuantías anuales del ejercicio 2020), por considerar que “deberá aportarse copia auténtica del Acta Notarial de la Junta celebrada en fecha 15 de julio de 2021, autorizada por el Notario requerido a tal efecto y que ha motivado la anotación preventiva letra A en la hoja abierta a la Sociedad (Artículo 250 del Reglamento Notarial).”

Se deduce de la fundamentación transcrita que, al haberse practicado anotación preventiva del art. 104 RRM, únicamente cabría la inscripción si, conforme al apartado 2 de dicho artículo, se justifica que los acuerdos adoptados en la Junta a que se refiere la anotación preventiva constan en acta notarial, o se justifica la publicación del correspondiente complemento a la convocatoria.

Segundo.—Entendemos que no cabe denegar el depósito de las cuentas anuales interesado, pues, los motivos que han conducido al Sr. Registrador a denegar dicho depósito, en nuestra opinión y con los debidos respetos, no con acertados.

La anotación preventiva que hemos referido, y en la que funda el Registrador su calificación negativa, se ha practicado en virtud de Acta autorizada el 2 de julio de 2021 por el Notario Sr. Santiago M Giménez Arbona (número 1281 de protocolo). En este Acta, la Sra. R. M. A. S., como accionista de Alfa Gamma, S.A., interesaba que, en relación a la Junta General Ordinaria celebrar el 15 de julio de 2021, se requiriera la presencia de notario y, además, pretendía la publicación de complemento de convocatoria para la inclusión de determinados puntos en el orden del día de la junta. Tanto la solicitud de presencia de notario como la solicitud de complemento de convocatoria no fueron comunicados a Alfa Gamma, S.A. y no cumplen los requisitos legales, por lo que no era procedente ni la anotación preventiva ni la calificación negativa aquí examinamos.

En relación a la solicitud del complemento de convocatoria, hay que decir lo que sigue:

– La convocatoria de la Junta General Ordinaria se llevó a cabo el 14 de junio de 2021, vía burofax, y fue recibida por la accionista Sra. A. S., el 15 de junio de 2021.

– El art. 172 de la Ley de Sociedades de Capital establece que el ejercicio del derecho de solicitar el complemento de convocatoria “deberá hacerse mediante notificación fehaciente que habrá de recibirse en el domicilio social dentro de los cinco días siguientes a la publicación de la convocatoria”.

– La Sra. A. S., según la referida Acta notarial, dice haber remitido el día 18 de junio de 2021, un correo electrónico certificado a la dirección de correo (...) Esta presunta remisión de correo electrónico no cumple los requisitos legales para tener por realizada la “notificación fehaciente” de que habla el art. 172 LCS:

– En primer lugar, al tratarse de un correo electrónico no estamos en modo alguno ante una notificación fehaciente y, obviamente, por las características propias de este tipo de envío, no se trata de una comunicación que se recibiera o pudiera recibir en el domicilio social de la sociedad (un correo electrónico, por definición, no se recibe en el domicilio social, es decir, en la sede física de la sociedad, sino en una dirección electrónica).

– En segundo lugar, si admitiéramos que la solicitud puede realizarse vía correo electrónico, sería imprescindible que la misma se tramitara en la dirección de correo electrónico de que sea titularidad la sociedad. Dicho correo nunca fue recibido por Alfa Gamma, S.A. ni por su administrador único, pues se remitió a una dirección de correo

electrónico que no es la propia de Alfa Gamma, S.A. y que tampoco utiliza su administrador.

– Y en tercer lugar, no consta, según el certificado relativo a dicho correo electrónico, que el mismo fuera recepcionado sino que únicamente es un certificado de envío, por lo que, incluso si aceptamos que el requisito legal de que la solicitud se reciba en el domicilio social es válido cuando de remite correo electrónico, en todo caso deberá acreditarse que tal correo electrónico se ha enviado a la dirección de e-mail de la sociedad y que además se ha recibido por parte de ésta, lo que no sucede en este caso.

– Finalmente, hay que señalar que el Acta notarial de 2 de julio de 2021, en que se pretende la notificación de la solicitud del complemento de convocatoria, aunque se hubiera notificado (luego veremos que no), ya estaba fuera del plazo de cinco días del art. 172 LCS.

En consecuencia, no se realizó una solicitud de complemento en tiempo y forma, por lo que no debió accederse a la Anotación Preventiva sobre tal fundamento, lo que determina que no puede denegarse el depósito de las cuentas anuales interesado a fundarse la calificación negativa en una Anotación Preventiva improcedente.

Tercero.–En lo que respecta al requerimiento de presencia de notario, que también ha motivado la anotación preventiva, lo cierto es que, como consta en el acta notarial de 2 de julio de 2021, dicho requerimiento no se llegó a hacer efectivo.

Así, por una parte, el correo electrónico adjunto al acta, que ya hemos examinado, y en el que, además del complemento de convocatoria, se solicitaba la presencia de notario para levantar acta de la junta, no fue remitido a Alfa Gamma, S.A., que no tuvo conocimiento del mismo, y que, por la [sic] mismas razones que las expuestas en el anterior apartado Segundo, no puede tener eficacia.

Por otra parte, el intento de notificación notarial que se contiene en la propia acta de 2 de julio de 2021 no llegó a materializarse, sin que se efectuara la notificación a la sociedad. Las manifestaciones que realiza el notario al respecto demuestran la falta de notificación, y sobre las mismas tenemos que decir lo que sigue:

– En primer término, el notario dice que intentó realizar la notificación a través del conserje de la finca, quien no aceptó la misma manifestando que tenía órdenes expresas de no recoger ninguna carta, lo cual es cierto, y dichas órdenes provienen de la comunidad de propietarios del edificio en que se ubica el domicilio social de Alfa Gamma, S.A., no es una decisión de la empresa.

– Dada la hora en que el notario se personó en el edificio (pasadas las 13:30h), el administrador de Alfa Gamma, S.A., Sr. A. L. P., no se hallaba presente en el domicilio social, debiendo señalar que esta sociedad carece en la actualidad de personal, por lo que no había nadie en el inmueble que estuviera autorizado para recoger la notificación. Es por ello, que los intentos del notario tuvieron resultado negativo.

– Finalmente, las manifestaciones que relata el notario en cuanto al encuentro con el Sr. M. C. M., además de que están absolutamente tergiversadas, exageradas y se apartan de la realidad de lo que sucedió, no acreditan que se realizara una notificación efectiva a la sociedad, sin que se pudiera entender que el Sr. M. C. estaba facultado o autorizado para recibir la notificación, pues no tiene relación alguna con Alfa Gamma, S.A, por lo que su negativa a aceptar o darse por notificado del contenido del acta notarial estaba perfectamente justificada.

En definitiva, la sociedad Alfa Gamma, S.A no llegó a tener efectivo conocimiento de la voluntad de la socia Sra. A. S. de que se requiriera la presencia de notario en la Junta General a celebrar el 15 de julio (ni tampoco del complemento de convocatoria, como hemos visto), por lo que dicha Junta y los acuerdos adoptados en la misma son plenamente válidos y no cabe dudar de su eficacia. No puede ni debe, en suma, aportarse el acta notarial que se refiere en la calificación negativa, ya que la Junta se celebró sin la presencia de notario, pues Alfa Gamma, S.A. no fue requerida al efecto. De este modo, la anotación preventiva que ha impedido el depósito de las cuentas

anuales carece de virtualidad, lo que determina, en suma, que no procede denegar dicho depósito, debiéndose revocar la calificación negativa.

Cuarto.—Al margen de lo anterior, hay que decir que el tenor literal del art 104 del Reglamento del Registro Mercantil dispone que la anotación preventiva impide la inscripción en el Registro Mercantil de los acuerdos adoptados por la Junta, lo que no incluye al depósito de las cuentas anuales, que es un acto que no se ve afectado por la anotación preventiva, al no ser un acuerdo susceptible de inscripción, por lo que, sin entrar a valor los argumentos ya expuestos, deberla revocarse la calificación negativa y acceder al depósito de cuentas interesado.

Subsidiariamente, para el caso de desestimarse los anteriores razonamientos, solicitamos que se acceda al depósito mediante la técnica del “arrastre de cargas”, posibilidad proclamada por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública pues los documentos presentados a depósito carecen de defectos formales, pudiéndose practicar el asiento con eficacia condicionada a la anotación preventiva».

IV

El día 17 de noviembre de 2021, la registradora Mercantil emitió su informe y elevó el expediente a esta Dirección General, junto con fotocopia de la anotación preventiva letra A, practicada el día 21 de septiembre de 2021, en virtud de acta autorizada el día 2 de julio de 2021 por el notario de Barcelona, don Santiago María Giménez Arbona, con el número 1.287 de protocolo, presentada el día 14 de julio de 2021 y nuevamente aportada el día 17 de septiembre de 2021; por la que se requería a la sociedad la presencia de notario para la junta general de fecha 15 de julio de 2021 y se solicitaba un complemento de convocatoria.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 1, 66 y 324 y siguientes de la Ley Hipotecaria; la disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre de Medidas Fiscales Administrativas y del Orden Social; los artículos 20 del Código de Comercio; 172 y 203 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital; 7 y 104 del Reglamento del Registro Mercantil; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de noviembre de 1999, 18 de enero y 28 de junio de 2013, 10, 11 y 17 de febrero, 13 de marzo, 19 de mayo, 1 de agosto, 26 de septiembre, 14 de octubre, 24 de noviembre y 17 de diciembre de 2014, 19 de enero, 27 de junio, 2 de julio y 13 de septiembre de 2015, 28 de enero y 19 de septiembre de 2016 y 31 de marzo de 2017, y la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 30 de octubre de 2020.

1. El objeto del presente recurso consiste en determinar, si para depositar las cuentas anuales de una sociedad es necesario que, constando previa anotación preventiva de solicitud de requerimiento de notario para levantar acta de la junta general y complemento de convocatoria, debe presentarse acta notarial para que los acuerdos sean eficaces.

El recurrente alega que dicha anotación no debería haberse practicado, por no haberse notificado en forma y plazo el requerimiento notarial a que la misma se refiere.

2. El artículo 326 de la Ley Hipotecaria, aplicable también a los recursos contra la calificación de los Registradores Mercantiles (disposición adicional vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social) establece que el recurso debe recaer exclusivamente sobre cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, y el artículo 1 de la citada ley determina que los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los tribunales.

Es doctrina reiterada de esta Dirección General (vid., por todas, Resoluciones de 18 de enero de 2013, 10, 11 y 17 de febrero, 13 de marzo, 19 de mayo, 1 de agosto, 26 de septiembre, 14 de octubre, 24 de noviembre y 17 de diciembre de 2014, 19 de enero, 27 de junio, 2 de julio y 13 de septiembre de 2015, 28 de enero y 19 de septiembre de 2016 y 31 de marzo de 2017, entre otras) que sólo puede ser objeto de recurso la nota de calificación negativa de los registradores pero no los asientos ya practicados. En efecto, de conformidad con lo establecido en el párrafo tercero del artículo 1 de la Ley Hipotecaria, los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los tribunales, por lo que sólo dichos tribunales pueden declarar la nulidad de un asiento.

En el mismo sentido el artículo 7.1 del Reglamento del Registro Mercantil, en concordancia con el artículo 20.1 del Código de Comercio dispone que «el contenido del Registro se presume exacto y válido. Los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producirán sus efectos mientras no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad».

En este sentido este Centro Directivo ha declarado con anterioridad (cfr. Resoluciones anteriormente citadas) que el recurso contra la calificación registral es el cauce legalmente arbitrado para impugnar la negativa de los registradores a practicar en todo o en parte el asiento solicitado (cfr. artículos 66 y 324 de la Ley Hipotecaria) y tiene por objeto, exclusivamente, determinar si la calificación negativa es o no ajustada a Derecho. No tiene por objeto cualquier otra pretensión de la parte recurrente, como puede ser la procedencia o improcedencia de la práctica, ya efectuada, de los asientos registrales, cualquiera que sea la clase de este.

Es por ello, que la pretensión del recurrente, de no considerar procedente la anotación preventiva no puede estimarse, ya que como ha señalado esta Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública en Resolución de 30 de octubre de 2020 la anotación preventiva practicada despliega todos sus efectos mientras no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad.

3. Una vez establecido que la anotación preventiva de solicitud de requerimiento de notario para levantar acta de la junta general y complemento de convocatoria despliega todos sus efectos y el registrador debe tenerla en cuenta al efectuar la calificación del depósito de cuentas presentado, debe valorarse el alcance de la misma.

El artículo 203.1 de la Ley de Sociedades de Capital establece: «Los administradores podrán requerir la presencia de notario para que levante acta de la junta general y estarán obligados a hacerlo siempre que, con cinco días de antelación al previsto para la celebración de la junta, lo soliciten socios que representen, al menos el uno por ciento del capital en la sociedad anónima o el cinco por ciento en la sociedad de responsabilidad limitada. En este caso, los acuerdos sólo serán eficaces si constan en acta notarial».

El artículo 172 del mismo texto legal, en su punto segundo establece: «El complemento de la convocatoria deberá publicarse con quince días de antelación como mínimo a la fecha establecida para la reunión de la junta. La falta de publicación del complemento de la convocatoria en el plazo legalmente fijado será causa de nulidad de la junta».

Ambos artículos son complementados por el artículo 104 del Reglamento del Registro Mercantil, que dice: «1. A instancia de algún interesado deberá anotarse preventivamente la solicitud de levantamiento de acta notarial de la junta por la minoría prevista en la Ley y de la publicación de un complemento a la convocatoria con inclusión de uno o más puntos del orden del día (...) 2. Practicada la anotación preventiva, no podrán inscribirse en el Registro Mercantil los acuerdos adoptados por la junta a que se refiere el asiento si no constan en acta notarial, o no se justifica la publicación del correspondiente complemento a la convocatoria, en su caso».

Como ha señalado esta Dirección General en Resolución de 28 de junio de 2013, y para un supuesto análogo en que se solicitaba un depósito de cuentas existiendo una anotación preventiva de solicitud de levantamiento de acta notarial de la junta general, y como ya había establecido otra Resolución de 13 de noviembre de 1999: «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. Pero 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 art. 203.1 de la Ley de Sociedades de Capital (...) Según este precepto legal, en este caso los acuerdos sólo serán eficaces si constan en acta notarial».

En consecuencia, 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, 8 de febrero de 2022.—La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.