

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**13597** *Resolución de 23 de julio de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles III de Málaga a inscribir determinados acuerdos adoptados por la junta general de socios de una sociedad.*

En el recurso interpuesto por don D., don J. y doña A. B. N. G. contra la negativa del registrador Mercantil y de Bienes Muebles III de Málaga, don José Miguel Crespo Monerri, a inscribir determinados acuerdos adoptados por la junta general de socios de «Limpiezas Pepe Núñez, S.L.».

#### Hechos

##### I

Mediante acta notarial de junta instada el día 11 de marzo de 2019 ante el notario de Málaga, don Francisco Javier López García, con el número 585 de protocolo, se dejó constancia de determinados acuerdos sociales adoptados el 25 de marzo de 2019 por la junta general de la sociedad de «Limpiezas Pepe Núñez, S.L.», por los que, entre otros, se aprobó –con el voto de socios titulares de participaciones que representan el 75% del capital social– el cese de uno de los dos administradores mancomunados (don J. A. G. G.), quedando como única administradora de dicha sociedad doña A. B. N. G.

En dicha acta constan determinadas reservas o protestas respecto de la declaración emitida por el presidente de la junta sobre la válida constitución de ésta. Concretamente, los representantes de dos de los socios (doña C. G. O. y don J. A. G. G.) manifestaban que no era válida la constitución de la junta, entre otras razones porque respecto de determinadas participaciones de algunos de los restantes socios se alegaba un título de adquisición improcedente por forma, contenido y ser extemporáneo (derecho de adquisición preferente por fallecimiento de un socio respecto del cual no han recibido información ni se ha recibido cantidad alguna); y, además, había un aumento del capital aprobado en junta que ha contado con el control de legalidad notarial y la administradora se había negado a elevarlo a público (añadiendo tales representantes que en dicho aumento don J. A. G. G. y don F. A. G. G. asumieron y desembolsaron determinadas participaciones como herederos de un socio fallecido –su padre– y se les reconoció la condición de socios en la junta).

Frente a tales manifestaciones, el representante de la socia doña A. B. N. G. alegaba que en la ampliación de capital referida don J. A. y don F. A. G. G. no eran socios sino que comparecieron en la junta como «miembros de la comunidad hereditaria de su fallecido padre»; y respecto del referido derecho de adquisición preferente alegaba que se ejerció por conducto notarial, que no había que hacer ningún desembolso porque se estaba siguiendo el procedimiento ante el Registro Mercantil para valorar su participación y su pago en metálico, y que al ejercitar tal derecho de adquisición preferente quienes lo ejercitaban adquirieron las participaciones a la fecha del fallecimiento.

##### II

Presentada telemáticamente el día 1 de abril de 2019 copia electrónica de la citada acta en el Registro Mercantil de Málaga, con el asiento 68 del Diario 45, correspondiéndole el número 1/2019/7.744,0 en el libro de entrada de documentos de

dicho Registro, la cual fue retirada por Diario con fecha 2 de abril de 2019, siendo presentada nuevamente ese mismo día, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Don José Miguel Crespo Monerri, Registrador Mercantil de Málaga, previo el consiguiente examen y calificación, de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho:

#### Hechos.

Diario/Asiento: 415/68.

F. presentación: 01/04/2019.

Entrada: 1/2019/7.856,0.

Sociedad: Limpiezas Pepe Núñez SL.

Hoja: MA-7458.

Autorizante: López García, Francisco Javier.

Protocolo: 2019/585 de 11/03/2019.

#### Fundamentos de Derecho.

1. Presentada copia de la presente escritura, en unión de testimonio electrónico de una diligencia de subsanación que consta extendida en la misma, con fecha 2 de abril de 2019, por el Notario Sr. López García, se suspende la inscripción de la misma, por adolecer de los siguientes defectos: 1.º Debe inscribirse previamente la escritura de aumento de capital 460/2019 del Notario de Málaga Don José Membrado Martínez, otorgada el día 5 de marzo de 2019, presentada en este Registro el día 25 de marzo de 2019, bajo el número de entrada 1/2019/7098, la cual ha sido calificada negativamente, en la que se crean participaciones sociales que han de computarse para establecer los quórums de asistencia y votación en la Junta a que se refiere el presente documento. (arts. 104, 290, 314 y 315 Ley de Sociedades de Capital; y arts. 10 y 94 Reglamento del Registro Mercantil). 2.º Según reiterada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notario, (por todas, la de 23 de enero de 2019), 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 (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. Por otra parte, el artículo 110.1 de la Ley de Sociedades de Capital establece una presunción de libre transmisibilidad por causa de muerte: "La adquisición de alguna participación social por sucesión hereditaria confiere al heredero o legatario la condición de socio". Cuando la participación social se integra en la herencia del socio fallecido, se transmite al heredero desde el momento de su muerte (arts. 657 y 661 Código Civil), sin que puedan los socios impedir dicha transmisión ni adquirir con preferencia al heredero. El derecho de adquisición que el artículo 7.º C.2 de los Estatutos Sociales atribuye para los socios sobrevivientes sobre las participaciones del socio fallecido, actuará "a posteriori", a modo de rescate, mediante el pago del valor razonable de las participaciones, como establece la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 18 de

abril de 2000, y otorgando el oportuno documento público para la transmisión, establecido en el artículo 106 de la Ley de Sociedades de Capital. En el presente caso:

a) No consta documento alguno de transmisión de las mil participaciones sociales del socio fallecido como establece el Artículo 106 LSC (adjudicadas, por sucesión hereditaria, a don J. A. G. G. y don F. A. G. G.) a favor de doña A. B., Don J. y Don D. N. G. Consecuencia de ello, resulta que el pago o consignación de dichas participaciones no ha sido realizado como exigen los Artículos 110 párrafo segundo y 356 de la Ley de Sociedades de Capital. b) No se ha tenido en cuenta las participaciones sociales creadas en el aumento de capital a que se refiere el punto 1.º anterior.—c) Han existido reservas y protestas por parte de los socios doña C. G. O. y Don F. A. G. G. Por todo lo anterior, y conforme a las Resoluciones antes citadas, no puede admitirse la manifestación del Presidente de la Junta sobre la válida constitución de la misma ni, por tanto, la validez de los acuerdos en ella adoptados.—3.º Sin perjuicio de lo indicado en el punto 2 anterior en cuanto a la validez de los acuerdos, la Junta General (salvo en casos de Junta Universal), sólo puede adoptar aquellos acuerdos que consten en el orden del día, conforme establece el artículo 174 de la Ley de Sociedades de Capital, con objeto de garantizar a los socios que no podrá tomarse ninguna decisión sobre asuntos acerca de los cuales no se hubieran incluido en el orden del día.—Esta norma admite como excepción, entre otras, la separación de los administradores (artículo 223.1 de la Ley de Sociedades de Capital) y la de nombrar a quienes hayan de sustituirlos, sin necesidad de que el nombramiento se incluya en el orden del día, y ello con objeto de evitar situaciones de acefalia de la sociedad.—Estas reglas excepcionales han de ser objeto de interpretación restrictiva, la cual impide adoptar un acuerdo de cambio del órgano de administración sin que figure en el orden del día.—En el presente caso, el cese de un administrador mancomunado no deja a la sociedad en una situación de acefalia que haga necesario cambiar el órgano de administración, sino que la propia Junta puede nombrar otro administrador mancomunado para evitar la paralización de la vida social, sin llegar al extremo de cambiar la estructura del órgano de administración, acuerdo que tiene que figurar en el orden del día, conforme a la regla general del artículo 174 LSC y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de fechas 10 de mayo de 2011, 10 de octubre de 2012, 30 de mayo de 2013, 22 de julio de 2013 y 6 de marzo de 2015; o el Administrador Mancomunado que queda podrá convocar Junta con el único objeto de nombramiento de nuevo Administrador Mancomunado, conforme a lo dispuesto en el Artículo 171, párrafo segundo de la Ley de Sociedades de Capital.—Por otra parte, en cuanto el acuerdo de cambio de estructura del órgano de administración, al tratarse de acta notarial de Junta, el presente documento no se ajusta a la forma del título inscribible (escritura pública) establecido en el Artículo 210.4 de la Ley de Sociedades de Capital.

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

Málaga, once de abril de dos mil diecinueve.»

### III

Contra la anterior nota de calificación, don D., don J. y doña A. B. N. G. interpusieron recurso el día 8 de mayo de 2019 con las siguientes alegaciones:

«I. Tanto el artículo 32 apartado 2 de la antigua Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, como el actual artículo 110 de la Ley de Sociedades de Capital regulan la posibilidad de que estatutariamente se implantase un derecho de adquisición de las participaciones del socio fallecido en favor de los socios sobrevivientes.

Al amparo de tal habilitación, los socios de la entidad Limpiezas Pepe Núñez S.L. acordaron, por unanimidad de todos los socios fundadores, el establecimiento de tal derecho de adquisición, reforzándolo al otorgarle un carácter preferente.

En efecto, en el artículo 7.C de los Estatutos sociales denominado "C. Régimen de la transmisión mortis causa.

1. La adquisición de alguna participación social por sucesión hereditaria confiere al heredero o legatario la condición de socio.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, los socios sobrevivientes tendrán un derecho de preferente adquisición de las participaciones del socio fallecido, apreciadas en el valor real que tuvieron el día del fallecimiento del socio, cuyo precio se pagará al contado".

Resulta, pues, meridiana la voluntad de los socios de la entidad Limpiezas Pepe Núñez S. L., los cuales en uso de su autonomía privada, que les reconoce el art. 1.255 del Código Civil, establecieron un pacto societario en los casos de transmisión mortis causa de las participaciones sociales, en virtud del cual los socios sobrevivientes pudieran adquirir, con carácter preferente a los herederos, dichas participaciones valoradas a su valor real a la fecha del fallecimiento del socio, el cual rubricó dicho pacto societario.

Como bien dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Mayo de 2012. n.º 320/2012, al interpretar los artículos 110 y 353.1 de la Ley de Sociedades de Capital:

"El análisis de ambas normas evidencia:

2) Que lo que la norma atribuye a los herederos es el derecho a obtener el 'valor razonable' de las participaciones valoradas por el auditor de cuentas designado por el Registro Mercantil".

Además del tenor literal del precepto estatutario anteriormente transcrito que – reiteramos– atribuye a los socios sobrevivientes al socio fallecido, un derecho de adquisición preferente sobre los herederos del finado, de la propia normativa legal se deduce que el heredero, en los casos de existencia de tal cláusula estatutaria restrictiva de la libre transmisibilidad mortis causa, nunca adquiere tal condición de socio de la entidad, hasta que transcurre el plazo establecido para que los socios sobrevivientes puedan ejercitar dicho derecho que, en el presente caso, es de adquisición preferente.

En este sentido, la Sentencia de la AP Ourense de 7 de Mayo de 2014, n.º 164/2014, nos dice:

"A diferencia de lo que ocurre en la transmisión inter vivos, en las que el socio transmitente conserva la condición de socio hasta que la venta se formalice, en el supuesto de transmisión mortis causa el heredero no consolida su condición de socio hasta que transcurra el plazo de ejercicio preferencial."

En igual sentido, la Sentencia de la AP de Salamanca n.º 518/2006 de 19 de Diciembre de 2006:

"la Ley se refiere expresamente al derecho de los socios sobrevivientes de adquirir las participaciones del 'socio fallecido' y al valor real que tuvieron al día del fallecimiento. Por tanto, de hecho no parece dudoso que lo que la Ley pretende es ofrecer la posibilidad de que la sociedad se consolide entre los sobrevivientes, no de forma automática, por supuesto, sino facultativa para estos últimos, y en este aspecto puede que tenga algún sentido reconocer que, a través de la previsión estatutaria, establecida en la Ley, lo que los socios están realizando es un acto de disposición a título oneroso de las participaciones sociales realizado 'inter vivos' para que produzca efectos en el momento de la muerte, si los socios que resulten ser beneficiarios de la cláusula deciden adquirirlas en el plazo señalado. De manera que, dada la previsión podría estimarse que a efectos de la sucesión hereditaria lo que el socio fallecido transmite a los herederos es un derecho expectante que, dependiendo de que los socios sobrevivientes ejerciten o no el derecho de adquisición, supondrá que lo que se hereda es el valor de las participaciones o su titularidad.

De lo que pueden deducirse dos consideraciones: a) en primer lugar, que el reconocimiento en los estatutos de la sociedad del derecho de los socios sobrevivientes a adquirir las participaciones sociales del socio fallecido, si tiene algún sentido, es en la medida en que funcione como impeditivo del reconocimiento al heredero o legatario de la condición de socio; éstos, se estime o no que han adquirido la titularidad de las participaciones sociales, sólo podrán legitimarse como tales cuando, transcurrido el plazo establecido para el ejercicio del derecho de adquisición por parte de los socios beneficiarios del mismo, no hayan hecho uso de su derecho; y b) en segundo lugar, que, si manteniendo en estos casos la existencia de un derecho de opción a favor de los socios sobrevivientes, se estima que hay una previa adquisición por parte de los herederos, teniendo en cuenta que ese derecho de opción ha sido concedido por el socio causante a través de la cláusula estatutaria habría que reconocer que la sola declaración de los socios sobrevivientes de ejercitar el derecho de adquirir las participaciones sociales sin necesidad de una nueva declaración negocial de los herederos, e incluso en contra de ella, es suficiente para que la transmisión se produzca en función de la cláusula misma recogida en los estatutos.

Consideraciones éstas que llevan a reputar acertada la conclusión de la sentencia impugnada de estimar el acuerdo concreto objeto de impugnación por la demandante como contrario a las previsiones estatutarias, por cuanto tal acuerdo, consistente en aceptar como socios nuevos a los herederos del socio fallecido Don Carlos Manuel, e impidiendo con ello el ejercicio del derecho de adquisición estatutariamente establecido a favor de la misma, fue adoptado con el voto favorable de los referidos herederos del socio fallecido sin que aun hubiera transcurrido, desde la comunicación a la sociedad de su adquisición, el plazo de tres meses señalado en el artículo 7. c) para su ejercicio."

De tal consideración cabe deducir dos conclusiones:

Primera.—En cuanto a la escritura pública de ampliación de capital social otorgada por Don J. A. G. G., unilateralmente, como Administrador mancomunado de la mercantil Limpiezas Pepe Núñez S.L., el Pasado día 25 de Marzo de 2019, cuyo n.º de Protocolo es 460/2019.

En cuanto a tal ampliación hemos de reseñar en primer lugar que, a la fecha en que se realiza la misma, tanto el otorgante, Don J. A. G. G., como su hermano, Don F. A. G. G. conocen que sobre las participaciones sociales de la entidad Limpiezas Pepe Núñez S.L. adjudicadas a la herencia de su padre (q.e.p.d.), y, en su exclusiva virtud, dichos hermanos se arrogan la condición de socios de la entidad, cuando tres de los socios sobrevivientes ya habían ejercitado su derecho de adquisición preferente que regula el art. 7.c de los Estatutos Sociales de la entidad, en consonancia con lo dispuesto en el art. 110 de la Ley de Sociedades de Capital, Y, por tanto, el otorgante era conecedor, al menos a la fecha de tal comunicación del ejercicio del derecho de adquisición preferente, de que no eran socios de la entidad, por lo que no podían suscribir ampliación alguna, ya que el acuerdo de Junta General Universal lo era para que, proporcionalmente, los socios pudieran suscribir dicha ampliación del capital social. Consiguientemente, no era verídica la aseveración contenida en dicha escritura pública de ampliación de capital de que eran socios de la entidad Limpiezas Pepe Núñez S.L. dos de los tres hermanos G. que se adjudicaron en la herencia de su padre dichas participaciones sociales, concretamente Don J. A. y Don F. A.

Ante tal inveracidad contenida en dichas escrituras no resulta procedente su inscripción en el Registro Mercantil, amén de que, tal como expresamente consta en el acuerdo de Junta General Universal, de Limpiezas Pepe Núñez S.L., donde los hermanos Don J. A. y Don F. A. G. G. acuden, conjuntamente con su hermana y su madre como miembros de la Comunidad Hereditaria de su padre fallecido, donde se acordó la ampliación de capital, al quedar pendiente de suscribir parte de dicha ampliación por los socios de dicha entidad, ya que no puede conceptuarse dicha aportación de los Hnos. G. como realizada por socios de la entidad, por lo que la parte no suscrita por los socios de la entidad, debió, en cumplimiento de tal acuerdo de Junta

General Universal, ofrecerse la suscripción al resto de los socios que suscribieron dicha ampliación. Tramite que, por razones obvias, no se ha realizado, ya que Don J. A. G. G. ostentaba la cualidad de Administrador mancomunado.

Por todo ello, al no haberse realizado el acuerdo societario de ampliación de capital, conforme a los términos acordados por la Junta General Universal, y, además, aparecer en dicha escritura pública, que han realizado aportaciones dos personas que no ostenta la cualidad de socios de la entidad, carece de toda validez y eficacia la escritura pública otorgada ante el Notario de Málaga Don José Membrado Martínez el 25 de Marzo de 2019, ya que resulta abiertamente contradictoria con la voluntad social expresada en dicha Junta Universal de ampliación del Capital Social.

En consecuencia, estimamos plenamente acertada la decisión del Presidente de la Junta General Extraordinaria de no computar la misma, al no haberse concluido el proceso aprobado por la Junta General para dicha ampliación y, en todo caso, por pretender la suscripción personas que no ostentaban la cualidad de socios de la entidad, para suscribir dicha ampliación.

Recordemos lo que dice la Sentencia AP de Salamanca n.º 518/2006 anteriormente transcrita:

"la sola declaración de los socios sobrevivientes de ejercitar el derecho de adquirir las participaciones sociales sin necesidad de una nueva declaración negocial de los herederos, e incluso en contra de ella, es suficiente para que la transmisión se produzca en función de la cláusula ni/sim: recogida en los estatutos."

Segunda.—Que ejercitado tal derecho de adquisición preferente previsto estatutariamente, dentro del plazo legalmente establecido, hay que convenir que la «compraventa» de dichas participaciones sociales se ha perfeccionado, pendientes, para la consumación del contrato de compraventa, de la fijación del valor de las mismas, a la fecha del fallecimiento del causante, de la valoración que realice el Auditor independiente designado por el Registrador Mercantil de Málaga para esta adquisición preferente.

Por lo que también concurre el requisito del precio cierto, dado el tenor de lo dispuesto en el art. 1.447 del Código Civil.

Perfeccionado el contrato de compraventa de las participaciones sociales sobre las participaciones sociales del socio fallecido en favor de los socios sobrevivientes que han ejercitado el derecho de adquisición preferente, pendientes de la consumación del contrato de la valoración de dichas participaciones sociales por el Auditor independiente nombrado por el Registrador Mercantil de Málaga, no puede considerarse ni arbitrario, ni infundado que el Presidente de dicha Junta General asigne la titularidad de dichas participaciones sociales a los socios que han ejercitado el derecho de adquisición preferente.

En todo caso, y como bien dice la Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 24 de Enero de 2019, que invoca la Resolución de 26 de Noviembre de 2007:

"Ha de reconocerse que el Presidente de la Junta es la persona llamada a declarar válidamente constituida la misma, determinado que 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".

Dicha Resolución continúa:

"Como señala la DGRN (Resoluciones de 22 de julio de 1990, de 2 de diciembre de 1999 y 21 de enero de 2013 entre otras) no corresponde al Registrador dirimir cuestiones litigiosas que llevarían a la desnaturalización del Registro Mercantil, institución encaminada a la publicidad de situaciones jurídicas ciertas, a través de un procedimiento en el que no juega el principio de contradicción y cuya validez ha sido

contrastada por el trámite de la calificación registral, y no a la resolución de las diferencias entre los socios que sólo a los Tribunales corresponde."

Y concluye:

"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.º 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.º 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.

La mera oposición de uno o varios socios a las decisiones de la mesa no desvirtúa las consideraciones anteriores sin perjuicio de que aquél que se sienta perjudicado acuda al ejercicio de las acciones previstas en el ordenamiento. Lo contrario significaría desnaturalizar un procedimiento, como el del Registro Mercantil, que está basado en gran medida en las declaraciones de voluntad y de verdad emitidas por las personas a quienes el ordenamiento les atribuye, bajo su responsabilidad, esta obligación. Como ha reiterado este Centro Directivo es ajeno al procedimiento registral la resolución de contiendas entre las partes cuyo conocimiento está atribuido a los tribunales de Justicia (por todas, Resolución de 26 de noviembre de 2007). En consecuencia, la mera existencia de una contienda judicial sobre la condición de socio no puede impedir la inscripción de los acuerdos adoptados en una junta general salvo que concurran condiciones tales que cuestionen el mero hecho de la celebración de la Junta o de su celebración en los términos previstos por el ordenamiento y sin perjuicio de que quien se sienta perjudicado ejercite las acciones pertinentes y solicite el reflejo de su ejercicio en la hoja de la sociedad."

En igual Sentido, se pronuncian las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y el Notariado de fecha 23 de Enero de 2019 v 13 de Febrero de 2019.

II. En lo tocante al acuerdo de destitución del Administrador mancomunado, acordado por la Junta General, hay que tener en consideración que el art. 13 de los Estatutos Sociales en su párrafo 1.º dispone:

"La gestión y representación de la Sociedad y la ejecución de los acuerdos de la Junta General corresponderá, a la elección de la Junta General que podrá optar alternativamente por cualquiera de ellos, sin necesidad de modificación estatutaria, a un Administrador Único, a varios Administradores solidarios, con un número mínimo de dos y máximo de tres, o, en su caso, a dos o más, con un máximo de cuatro administradores conjuntos; a un Consejo de Administración, sin que se precise la condición de socios."

Dicho artículo 13, dice que:

"Los administradores ejercerán su cargo por tiempo indefinido, pudiendo ser revocados en cualquier momento por la Junta General."

Por su parte, el art. 223 LSC, dice:

"1. Los administradores podrán ser separados de su cargo en cualquier momento por la junta general aun cuando la separación no conste el orden del día."

En este sentido, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de Diciembre de 2012:

"De la confrontación entre el contenido del Registro y la documentación presentada resulta inequívoca la voluntad de la sociedad de modificar la situación inscrita preexistente de dos administradores solidarios por la de administrador único, así como los acuerdos necesarios para llevar a cabo la alteración. Carece por tanto de sustento la decisión de la registradora accidental de rechazar la inscripción y subsiguiente exigencia de que la voluntad social de haga constar de forma determinada (sin que se fundamente en precepto alguno del ordenamiento). Manifestada la voluntad de la sociedad en los términos expuestos, el propio certificado contiene los pronunciamientos necesarios para que se lleve a efecto la inscripción (cese de uno de los dos administradores solidarios, determinación de que habrá un administrador único, mantenimiento en el cargo del otro administrador nombrado con anterioridad) sin que sean precisas formas rituales que el ordenamiento reserva para los supuestos en que se considera oportuno (modificación de estatutos por ejemplo)."

En aplicación de tal criterio, procede la inscripción como Administradora única, de la anterior administradora mancomunada, al haber sido cesado el que era administrador mancomunado.»

#### IV

El registrador emitió su informe y, mediante escrito de fecha 16 de mayo de 2019, remitió el expediente a este Centro Directivo. En dicho informe expresaba que el recurso fue notificado al notario de Málaga, don Francisco Javier López García, como autorizante del documento calificado, el día 9 de mayo de 2019, sin que se hayan recibido alegaciones suyas.

#### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 18.2 y 20 del Código de Comercio; 657, 659, 661, 881, 882, 989 y concordantes del Código Civil; 91, 93, 104, 105, 110, 116, 118, 159, 171, 174, 178, 179, 188, 191, 192, 193, 198 a 201, 210, 223 y 238 de la Ley de Sociedades de Capital; 17



bis de la Ley del Notariado; 118.2 de la Ley Hipotecaria; 43 del Reglamento Notarial; 6, 7, 10 y 102 del Reglamento del Registro Mercantil; 111, párrafo tercero, y 432.2 del Reglamento Hipotecario; las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1971, 30 de septiembre de 1985 y 4 de noviembre de 1992, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de octubre de 1955, 9 enero 1991, 16 de febrero de 1995, 26 de julio de 1996, 13 de febrero, 25 de julio y 23 de octubre de 1998, 5 de abril y 29 de octubre de 1999, 18 y 28 de abril de 2000 y 31 de marzo y 13 de noviembre de 2001, 8 de mayo de 2002, 31 de marzo de 2003, 6 de julio y 14 de diciembre de 2004, 21 de diciembre de 2010, 3 de febrero y 10 de mayo de 2011, 5 de junio, 10 de octubre, 29 de noviembre y 20 de diciembre de 2012, 30 de mayo, 22 de julio y 5 de agosto de 2013, 31 de enero y 2 de agosto de 2014, 6 de marzo, 23 de abril, 24 de julio y 6 de octubre de 2015, 16 de marzo y 24 de octubre de 2016, 3 de abril de 2017 y 23, 24 y 29 de enero y 13 de febrero de 2019.

1. En el supuesto del presente recurso se presenta en el Registro Mercantil acta notarial de junta general de la sociedad de «Limpiezas Pepe Núñez, S.L.», en la que constan determinados acuerdos por los que, entre otros, se aprobó –con el voto de socios titulares de participaciones que representan el 75% del capital social– el cese de uno de los dos administradores mancomunados (don J. A. G. G.), quedando como única administradora de dicha sociedad doña A. B. N. G. En dicha acta constan determinadas reservas o protestas respecto de la declaración emitida por el presidente de la junta sobre la válida constitución de ésta. Tal circunstancia y otras relativas a la junta y a la misma sociedad que son relevantes para resolver las cuestiones que se plantean constan en el relato de los «Hechos» de esta Resolución.

2. Como cuestión previa, debe ponerse de relieve que 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).

De los antecedentes fácticos de este expediente resulta que el título calificado está en inequívoca conexión con el anterior cuyo asiento de presentación está vigente –escritura de aumento del capital social– al que se refiere el registrador en su calificación (primer defecto), toda vez que dicho aumento de capital tiene innegable transcendencia en el número de participaciones correspondientes a los socios y, por ende, en el cómputo del quórum y mayorías para la adopción de acuerdos de la junta general. Por ello, y dejando al margen el hecho de que el registrador en vez de suspender la calificación del título posterior suspende su inscripción, el defecto debe ser confirmado.

Por lo demás, dados los términos de la calificación emitida por el registrador Mercantil, que por un lado afirma la suspensión de la inscripción solicitada en tanto no se inscriba la escritura de aumento del capital previamente presentada y calificada negativamente (a lo que podría añadirse la contemplación de otras hipótesis como la caducidad de su asiento de presentación o la anulación de dicho documento por los tribunales), y, por otro, señala otros dos defectos al acta notarial presentada abriendo período de recurso como consta en su pie, esta Dirección General procede a resolver en función de la calificación emitida sin perjuicio de las consecuencias que puedan

derivarse de la existencia del asiento anterior vigente y cuyo resultado y consecuencias no se prejuzga.

3. Según el segundo de los defectos impugnados, considera el registrador que no puede admitirse la manifestación del presidente de la junta sobre la válida constitución de la misma porque –al margen del aumento de capital social referido en el primer defecto– no puede considerarse como socios a quienes han ejercitado el derecho de adquisición preferente que los estatutos establecen para el caso de transmisión «mortis causa» de participaciones pero no han pagado el precio en que se han de valorar las participaciones afectadas.

La referida disposición estatutaria establece claramente (conforme al artículo 110 de la Ley de Sociedades de Capital) que la «adquisición de alguna participación social por sucesión hereditaria confiere al heredero o legatario la condición de socio», y se añade que, no obstante, «los socios sobrevivientes tendrán un derecho de preferente adquisición de las participaciones del socio fallecido, apreciadas en el valor real que tuvieren el día del fallecimiento del socio, cuyo precio se pagará al contado». De este modo se trata de una limitación de la transmisión «mortis causa» de las participaciones que actuará una vez que se haya producido la adquisición por el heredero o legatario, ajustándose así al sistema romano de sucesión, toda vez que se adquiere la participación del causante desde el momento mismo del fallecimiento, conforme a los artículos 657, 659, 661, 881, 882, 989 y concordantes del Código Civil (cfr. las Resoluciones de 18 de abril de 2000 y 23 de abril de 2015). Debe entenderse, por ello, que el ejercicio del derecho de adquisición preferente produce su efecto cuando se haya reembolsado al socio heredero o legatario el valor de sus participaciones. Así resulta, por lo demás de la adecuada interpretación de la regulación de la separación de socios –a la que se remite el citado artículo 110 de la Ley de Sociedades de Capital– y del fundamento de esta norma.

Respecto de la trascendencia que esta conclusión ha de tener en la celebración de la junta general, cabe recordar que 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, con criterio reiterado recientemente en las Resoluciones de 23 y 24 de enero y 13 de febrero de 2019) 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.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> 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 enero 1991, 13 de febrero de 1998, 31 de marzo de 2003 y 5 de agosto de 2013). De esta doctrina resulta claramente que el registrador no queda vinculado siempre y en todo caso por la actuación del presidente cuando la declaración de éste resulta contradicha por la documentación aportada y los asientos del Registro Mercantil en términos tales que aquella no puede mantenerse.

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

Así ocurre en el presente supuesto, habida cuenta de que se ha prescindido de la legitimación que como socios corresponde a los herederos del socio fallecido mientras no se haya consumado el ejercicio del derecho de adquisición preferente en los términos antes expresados.

4. Según el tercero de los defectos invocados por el registrador, tanto el cese de uno de los administradores mancomunados como el nombramiento de otro administrador mancomunado puede ser acordado por la junta aunque no figure en el orden del día, pero sin llegar al extremo de cambiar la estructura del órgano de administración.

Cabe recordar que la validez de los acuerdos que puede adoptar la junta general dentro del ámbito de sus competencias está condicionada no sólo a que lo hayan sido por la mayoría legal o estatutariamente exigible, sino, como requisito previo, a la válida constitución de la propia junta, lo que exige su previa convocatoria (cfr. artículo 174 de la Ley de Sociedades de Capital) incluyendo el orden del día, salvo que se trate de junta universal, en cuyo caso es necesaria la aceptación unánime, no sólo en relación con la celebración de la junta, sino respecto de los temas por tratar en ella (cfr. artículo 178.1). Esta exigencia cumple la doble finalidad de brindar a los socios un cabal conocimiento de los asuntos sobre los que son llamados a pronunciarse, permitiéndoles informarse y reflexionar sobre el sentido de su voto, así como decidir sobre la conveniencia de asistir o no a la reunión, y garantizarles, por otra parte, que no podrá tomarse ninguna decisión sobre asuntos acerca de los cuales no se preveía deliberar ni adoptar acuerdo alguno.

Tan elemental exigencia sólo quiebra en los supuestos en que excepcionalmente el legislador permite adoptar acuerdos sin cumplir dicho requisito, cuales son los de separación de los administradores (artículo 223.1 de la Ley de Sociedades de Capital) y el de ejercicio contra los mismos de la acción social de responsabilidad (artículo 238.1 de la misma Ley). Y, según han admitido tanto el Tribunal Supremo (cfr. Sentencias de 30 de abril de 1971, 30 de septiembre de 1985 y 4 de noviembre de 1992) como este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 16 de febrero de 1995, 26 de julio de 1996, 10 de

mayo de 2011, 10 de octubre de 2012, 30 de mayo y 22 de julio de 2013 y 6 de marzo de 2015) esa posibilidad de destitución de los administradores lleva consigo la de nombrar a quienes hayan de sustituirlos, sin necesidad de que el nombramiento se incluya en el orden de día.

Aunque se trata de reglas excepcionales, que como tales han de ser objeto de interpretación restrictiva, esta Dirección General también ha puesto de relieve (vid., entre otras, las Resoluciones de que tal carácter no debe impedir que entren en juego en los supuestos en que, por circunstancias posteriores a la convocatoria –como el fallecimiento o dimisión de los administradores–, sea necesario realizar un nuevo nombramiento como medio de dotar a la sociedad de un órgano de administración sin esperar a que sean nombrados sus integrantes o completado mediante acuerdo adoptado en una ulterior junta general convocada el efecto (y aun cuando esta convocatoria queda facilitada por la posibilidad de que la lleve a cabo cualquiera de los administradores que permanezcan el cargo o se solicite del juez por cualquier socio –artículo 171 de la Ley de Sociedades de Capital–) o reunida con carácter de junta universal. Se trata así de evitar situaciones de acefalia que se tradujeran en paralización de la vida social con sus evidentes riesgos así como en demoras y dificultades para proveer el cargo vacante (cfr. las Resoluciones de 19 de octubre de 1955, 10 de mayo de 2011 y 6 de marzo de 2015).

En el presente caso, conforme a la necesaria interpretación restrictiva de tales normas, la propia junta podría nombrar otro administrador mancomunado para evitar la paralización de la vida social, pero no cambiar la estructura del órgano de administración sin que figure este extremo en el orden del día; y ese pretendido cambio de sistema de administración podría aprobarse en otra junta que el administrador mancomunado que queda podría convocar con ese objeto (vid. artículo 171, párrafo segundo, de la Ley de Sociedades de Capital).

Por último, el registrador también opone a la inscripción solicitada que el acuerdo de cambio de estructura del órgano de administración debe constar en escritura pública, sin que sea suficiente que conste en el acta notarial de la junta.

Esta objeción también debe ser confirmada, toda vez que, según el artículo 210.4 de la Ley de Sociedades de Capital, todo acuerdo que altere el modo de organizar la administración de la sociedad, constituya o no modificación de los estatutos sociales, debe consignarse en escritura pública e inscribirse en el Registro Mercantil.

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, 23 de julio de 2019.–El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.