



Roj: **SAP M 17159/2011 - ECLI: ES:APM:2011:17159**

Id Cendoj: **28079370282011100336**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **25/11/2011**

Nº de Recurso: **86/2011**

Nº de Resolución: **347/2011**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ANGEL GALGO PECO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 28

MADRID

**SENTENCIA: 00347/2011**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCIÓN 28

t6

C/ General Martínez Campos nº 27.

Teléfono: 91 4931988/89

Fax: 91 4931996

Rollo de apelación nº 086/2011

Órgano judicial de procedencia: Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid

Autos de origen: Juicio verbal nº 31/07

Parte apelante: D<sup>a</sup> Camino

Procurador/a: D. Jorge Laguna Alonso

Letrado/a: D. Ángel Díaz Soler

Parte apelada: DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

SENTENCIA Nº 347/11

En Madrid, a 25 de noviembre de 2011.

La Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados D. Ángel Galgo Peco, D. Enrique García García y D. Alberto Arribas Hernández, ha visto en grado de apelación, bajo el nº de rollo 086/2011, los autos del procedimiento nº 31/07, provenientes del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid .

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada el 27 de diciembre de 2006 por la representación de D<sup>a</sup> Camino contra la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO (DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO), en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, suplicaba al Juzgado que dictase sentencia "por la que revocando las notas del Sr. Registrador, ordene la inscripción en el Registro



Mercantil del acta de la Junta de la mercantil Parking Polis, S.A. celebrada en primera convocatoria en fecha 26 de Junio de 2006 y protocolizada en esa misma fecha".

SEGUNDO.- Tras seguirse el juicio por sus trámites correspondientes el Juzgado de lo Mercantil dictó sentencia, con fecha 24 de marzo de 2008 , cuyo fallo es el siguiente: "Que desestimando la demanda formulada por el Procurador Sr. Jorge Laguna Alonso, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Camino contra la Dirección General de los Registros y del Notariado representada por el Abogado del Estado D. Manuel Muñoz García-Liñán, se mantiene la calificación efectuada por el Registrador Mercantil y se imponen las costas al actor".

TERCERO.- Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de la parte actora se interpuso recurso de apelación, que tramitado en legal forma, con oposicion de la contraria, ha dado lugar al presente rollo. La deliberación, votación y fallo del asunto se realizó con fecha 24 de noviembre de 2011.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

Ha actuado como ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Ángel Galgo Peco, que expresa el parecer del Tribunal.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En la demanda iniciadora del presente expediente, D<sup>a</sup> Camino impugna la resolución presunta de la Dirección General de los Registros y del Notariado desestimatoria del recurso gubernativo que aquella interpuso contra la calificación negativa del Registrador titular del Registro Mercantil XIV de Madrid, en relación con los acuerdos documentados en el acta de la junta general ordinaria y extraordinaria celebrada en primera convocatoria el día 26 de junio de 2006 por la sociedad PARKING POLIS, S.A. y protocolizada con esa misma fecha por el notario de Madrid D. Luis Quiroga Gutiérrez, como sustituto de su compañero D. Fernando de la Cámara García, bajo el número 1802 de su protocolo. En su nota el Sr. Registrador, señalando que la meritada acta ha sido calificada en unión del acta notarial de la junta general de la citada PARKING POLIS, S.A. celebrada en segunda convocatoria el día 27 de junio de 2006, con presencia del notario autorizante, D. Fernando de la Cámara García, resolvió no practicar la inscripción solicitada al apreciar los siguientes defectos: ". 1.- La escritura citada contiene la elevación a público de acuerdos tomados por la Junta General de la sociedad celebrada en segunda convocatoria, que son contradictorios con los tomados por la Junta General de la misma sociedad celebrada en primera convocatoria. - RR.D.G.R.N. de 25 de julio de 1998 y 29 de octubre de 1999./ 2.- No consta que la Junta General celebrada en primera convocatoria lo haya sido con la intervención del (sic) notario, tal y como se señala en los anuncios de convocatoria.- artículo 114 L.S.A . y 101 R.R.M./ El primero de los defectos es INSUBSANABLE".

La juez de la anterior instancia sancionó la corrección de lo resuelto por el Sr. Registrador, por los siguientes razonamientos que explicita en la fundamentación jurídica de su sentencia: (i) en lo tocante al primero de los defectos apreciados, porque "es imposible la práctica de un asiento contradictorio en sus propios términos, puesto que solo puede ser objeto de inscripción en general el acta de Junta General celebrada en primera convocatoria o en segunda, pero no en primera y en segunda convocatoria"; (ii) por lo que se refiere al segundo de los defectos señalados en la nota de calificación, el juzgador, en sustancia, reitera la motivación contenida en aquella, marcando (aunque, en realidad, se trata de un aspecto irrelevante para la resolución de la cuestión planteada) la distinción existente entre el acta notarial por la que se protocoliza el acta de una junta general previamente celebrada sin intervención de notario (así ocurrió respecto de la que tuvo lugar el 26 de junio de 2006) y el acta notarial extendida por el Sr. Notario que es requerido por los administradores para asistir a la celebración de la junta y levantar acta de la reunión, para concluir que solo esta última puede ser conceptuada como "acta notarial de la junta". Con base en tales razonamientos, la demanda fue desestimada.

Disconforme con tal decisión, la parte actora interpuso recurso de apelación, con base en los siguientes argumentos. Por lo que se refiere al primero de los defectos señalados en la calificación impugnada, aduce la parte recurrente que la junta celebrada en segunda convocatoria (la de 27 de junio) debe reputarse nula, al encontrarse supeditada su validez a la no celebración en primera convocatoria, y por haberla presidido D. Jesús María como administrador de la sociedad, siendo así que dicha persona había sido separada del cargo por acuerdo adoptado en la junta del día 26, añadiendo que al ignorar tal circunstancia, tanto el Sr. Registrador en su calificación como la Sra. Juez de la primera instancia en su sentencia han infringido el artículo 6.3 del Código Civil Finalmente, se niega que la doctrina establecida en las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado invocadas por el Sr. Registrador en su nota de calificación resulte proyectable sobre el caso, habida cuenta las diferencias existentes respecto del contemplado en ellas. En lo relativo a la problemática suscitada por el segundo de los motivos expresados en la nota de calificación del Sr. Registrador, mantiene la parte recurrente que la ausencia de notario no obsta a la validez de la junta ni compromete la inscripción de los acuerdos en ella adoptados, señalando a tal efecto la falta de norma que así lo establezca y



citando en su apoyo de su postura distintas sentencias de Audiencias Provinciales y la del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2002.

Los motivos de queja de la parte recurrente no muestran el mismo nivel de acierto, como se explica a continuación.

SEGUNDO.- Comenzaremos por los alegatos referentes al segundo de los defectos puesto de manifiesto por el Sr. Registrador para denegar la inscripción solicitada por la aquí recurrente, respecto de los cuales consideramos que la razón asiste a esta última.

El artículo 114 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas ("LSA ") no contenía ninguna previsión específica similar a la recogida en el último inciso del artículo 55.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSRL ), en el sentido de que, de haber solicitado la presencia de notario para levantar acta de la junta general socios que representasen, al menos, el 5 por 100 del capital social, "los acuerdos sólo serán eficaces si constan en acta notarial". De ello colegía la doctrina que la falta de intervención notarial en la junta de socios había de producir consecuencias distintas en uno y otro tipo de sociedad, señalando en concreto que, en el caso de la anónima, ante la ausencia de norma que subordinase la eficacia de los acuerdos a su constancia en acta notarial, la única sanción prevista era que, de haberse practicado anotación preventiva de la solicitud formulada al efecto por accionistas que representasen el 1 por 100 del capital social, los acuerdos adoptados no podrían inscribirse en el Registro Mercantil hasta pasados tres meses desde la fecha de la anotación, tal como establece el artículo 104 RRM. En la fecha en que se redacta esta sentencia el artículo 203.2 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital , aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, hace extensiva a las sociedades anónimas las previsiones anteriormente contenidas en la LSRL; sin embargo, el régimen bajo cuyo prisma ha de solventarse el presente recurso es, por razones de vigencia temporal, el que establecía la LSA.

Así las cosas, la calificación efectuada por el Sr. Registrador únicamente habría tenido justificación en el caso de que, a instancia de los interesados, se hubiese practicado la anotación preventiva de la solicitud de acta notarial, tal como prescribe el artículo 104.1 RRM, lo que provocaría el cierre registral en los términos que establece el apartado 2 del mismo precepto, a lo que ninguna referencia se hace en la nota extendida por el Sr. Registrador.

TERCERO.- Diferente consideración nos merece la cuestión relativa al primero de los defectos en que se sustenta la decisión del Sr. Registrador. En reiteradas ocasiones la DGRN, en el marco de situaciones claramente definidas que patentizan la existencia de un conflicto entre socios, traducidas en contenidos documentales contradictorios que no permiten comprobar si se ha logrado o no un determinado acuerdo o cuál de entre los que se pretendía que lo habían sido debía prevalecer, ha admitido que en su labor calificadora el registrador tenga en cuenta el contenido contradictorio de documentos presentados con posterioridad al que es objeto de calificación para respaldar la decisión de rechazar su inscripción, y ello con el fin primordial de evitar la desnaturalización del Registro Mercantil, en cuanto institución encaminada a la publicidad de situaciones jurídicas ciertas. Dicho criterio se refleja, entre otras y citándonos a las más recientes, en las resoluciones de 26 de noviembre de 2007 (con amplia cita de otras, entre las que se encuentran las invocadas en la nota de calificación controvertida en los presentes autos), 21 de diciembre de 2010 y 3 de febrero de 2011.

Entendemos que las circunstancias concurrentes justifican plenamente la proyección de tal criterio sobre el caso objeto de consideración y los consiguientes reparos expresados por el Sr. Registrador en su nota de calificación, no en vano se presentan para su inscripción en el Registro dos actas correspondientes a una misma junta general celebrada en primera y en segunda convocatoria, con un quórum de asistencia del 51% en aquella y del 98,33% en esta última, siendo diferentes los nombres de los asistentes, y resultando contradictorio el contenido de los acuerdos adoptados sobre el mismo orden del día.

No corresponde al registrador, sino a los tribunales, dirimir las eventuales diferencias que pudieran existir entre los socios. Tampoco incumbe a aquel decidir sobre la validez de los acuerdos documentados en los títulos que se presentan a inscripción, fuera del limitado ámbito que cabe deducir del artículo 6 del Reglamento del Registro Mercantil (en el que se señala que la función calificadora comprende "la validez de su contenido (de los documentos en cuya virtud se solicita la inscripción), por lo que resulta de ellos y de los asientos del Registro"), que, al decir de la propia DGRN (por todas, la resolución ya citada de 26 de noviembre de 2007) , implica únicamente la comprobación de que, según los medios que puede tomar en cuenta el registrador al realizar su calificación, el contenido del documento no es, de forma patente, contrario a la ley imperativa o al orden público, ni existe alguna falta de requisitos esenciales que palmariamente vicie el acto o negocio documentado. Por ello carecen de virtualidad las reiteradas llamadas de la parte apelante, como sustento de su discurso impugnatorio, a la pretendida invalidez de la junta celebrada en segunda convocatoria.



Por otro lado, encontrándonos ante una problemática con un alto componente casuístico, ha de valorarse en justos términos el argumento, también esgrimido en el recurso, referente a las diferencias existentes entre el supuesto fáctico contemplado en las resoluciones de la DGRN invocadas en la nota de calificación del Sr. Registrador y el que integra el caso que nos ocupa.

Finalmente, no obsta a la toma en consideración del criterio expuesto el carácter excepcional que el propio Centro Directivo le señala, pues lo determinante, en suma, es la apreciación de circunstancias que permiten considerar el supuesto objeto de consideración comprendido en el ámbito de la excepción, como aquí estimamos que ocurre.

Así pues, no descubrimos motivos para revocar la sentencia dictada en la anterior instancia.

CUARTO.- La desestimación del recurso comporta, de conformidad con el artículo 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la imposición de las costas ocasionadas por el mismo a la parte apelante.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación,

## **FALLO**

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D<sup>a</sup> Camino contra la sentencia dictada con fecha 24 de marzo de 2008 por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Madrid, en el juicio verbal nº 31/07 del que este rollo dimana. Las costas derivadas de esta segunda instancia se imponen a la parte recurrente.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los ilustrísimos señores magistrados integrantes de este tribunal.