

JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 4 DE VALENCIA

N.I.G.:46250-66-1-2023-0004209

Procedimiento: Juicio verbal (250.2) [VRB] - 000793/2023-3

De: D/ña. COMPAÑÍA EUROPEA DE PRODUCCIONES ENERGETICAS SL

Procurador/a Sr/a. ANDRES PEIRO, PAULA

Contra: D/ña. CARLOS JAVIER ORTS CALABUIG- REGISTRADOR MERCANTIL 3 DE VALENCIA

Procurador/a Sr/a. GOMIS SEGARRA, MARIA CONSUELO

SENTENCIA 000074/2024

Magistrado-juez que lo dicta: Francisco Gil Monzó

Lugar: Valencia

Fecha: 19 de junio de 2024.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El día 25 de octubre de 2023, fue turnada a este juzgado la demanda de JUICIO VERBAL presentada por el/la Procurador/a Paula Andrés Peiró, en nombre y representación de COMPAÑÍA EUROPEA DE PRODUCCIONES ENERGÉNICAS SL (en adelante, CEPE), frente a la Resolución del Registro de lo mercantil ni 3 de Valencia de 27 de septiembre de 2023 interesando que se dicte sentencia por medio de la que se revoque la calificación impugnada y se inscriban los acuerdos acordados en la Junta General de la mercantil ENERGIAS RENOVABLES MEDITERRÁNEAS SAU, celebrada el 23 de junio de 2023.

Segundo.- Admitida a trámite la demanda, se emplazó al registrador encargado del Registro mercantil nº 3 de Valencia y

se acordó dar traslado al notario autorizante para la contestación a la demanda y alegaciones a la misma, respectivamente.

Tercero.- El/la procurador/a M.^a Consuelo Gomis Segarra, en nombre y representación del registrador mercantil CARLOS JAVIER ORTS CALABUIG contestó a la demanda. Lo propio hizo el/la procurador/a Jesús Rivaya Martos, en nombre y representación del notario UBALDO NIETO QUEROL, en cuanto a las alegaciones respecto de la misma.

Cuarto.- Siendo que se trata de una controversia estrictamente jurídica, quedaron los autos vistos para el dictado de la resolución pertinente.

Quinto.- Con fecha de 19 de abril de 2024, CRISTINA CAMPOS GÓMEZ, procuradora de los Tribunales y de ACCIÓN GENERACIÓN RENOVABLE SA (en adelante, AGR), ha presentado escrito interesando la intervención voluntaria en los presentes autos al amparo de lo previsto en el art. 13 LEC. De dicha petición se dio traslado a CEPE que se opuso (escrito de 25 de abril de 2024).

Sexto.- Por auto de 18 de mayo de 2024, se admitió la intervención voluntaria de AGR. Frente a dicho auto, se ha interpuesto por CEPE recurso de reposición (escrito de 27 de mayo de 2024) que ha sido impugnado por AGR (escrito de 6 de junio de 2024). Por auto de 18 de junio de 2024 ha sido desestimado el recurso.

Séptimo.- Con fecha de 5 de junio de 2024, AGR ha presentado su escrito de alegaciones. Del dicho escrito se ha dado traslado a

CEPE que ha formulado oposición a las alegaciones por medio de escrito de 12 de junio de 2024.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Hechos no controvertidos.

1.1.- Como punto de partida, tomando en consideración principalmente los elementos que resultan del acta notarial (y documentos adjuntos) de la juntas ordinarias y extraordinarias de RENOMAR extendida por el notario UBALDO NIETO CAROL, bajo su orden de protocolo nº 1.306, podemos fijar los siguientes HECHOS, en esencia, no controvertidos por las partes:

1. Que, a fecha de celebración de la junta, el capital social de ENERGIAS RENOVABLES MEDITERRANEAS SA (en adelante, RENOMAR) estaba repartido al 50% entre dos socios: MED WIN SL (en adelante, MED WIND) y ACCIONA GENERACIÓN RENOVABLE SAU (en adelante, AGR);
2. Que el órgano de administración de RENOMAR está formado por un consejo de administración integrado por 8 miembros, a saber, i) ENERGIAS RENOVABLES DE CASTELLÓN, ALICANTE Y VALENCIA; ii) ACCIONA DESARROLLO CORPORATIVO ENERGIA SL; iii) NOMAR PATRIMONIAL SL; NATALIA FENOLLAR HURTADO; iv) ACCIONA ADMINISTRACIÓN DE ENERGIA DOS SL; v) ACCIONA ADMINISTRACIÓN DE ENERGIA TRES SL; vi) ACCIONA ADMINISTRACIÓN ENERGIA SL; vii) ACCIONA DESARROLLO CORPORATIVO DE ENERGIA SL, y viii) COMPAÑÍA EUROPEA DE PRODUCCIONES ENERGÉTICAS SL (en adelante, CEPE, cuyo consejero delegado y vocal es FRANCISCO FENOLLAR). CEPE es consejera y presidente del consejo de administración de RENOMAR y actúa representada por FRANCISCO FENOLLAR (que a

su vez, es consejero delegado y vocal del consejo de administración de CEPE);

3. Que, por acuerdo del consejo de administración de RENOMAR de 12 de mayo de 2023 (publicado en el BORME y en el diario Las Provincias, os días 16 y el 18 de mayo de 2023, respectivamente), se convocó para el día 23 de junio de 2023 junta general ordinaria y extraordinaria de RENOMAR con el siguiente orden del día:

i) Para la junta ordinaria:

“Primero. - Examen y aprobación, en su caso, de las Cuentas Anuales y del informe de gestión correspondientes al ejercicio social cerrado el día 31 de diciembre de 2022.

Segundo. - Examen y aprobación, en su caso, de la gestión del Consejo de Administración correspondiente al ejercicio social cerrado el día 31 de diciembre de 2022.

Tercero. - Examen y aprobación, en su caso, de la propuesta de Consejo de Administración sobre la aplicación del resultado económico correspondiente al mismo ejercicio.

Cuarto. - Redacción, lectura y aprobación del acta de la Junta, si procede, o nombramiento de interventores para su aprobación”.

ii) Para la junta general extraordinaria:

“Primero. - Cese, nombramiento o reelección de consejeros.

Segundo. - Redacción, lectura y aprobación del acta de la junta, si procede, o nombramiento de interventores para su aprobación”.

4. Que, por medio de escrito dirigido al consejo de administración de RENOMAR de fecha de 16 de junio de 2023, MED WIND SL, representada por FRANCISCO FENOLLAR en su condición de consejero delegado de la misma, solicitó la presencia de un notario en la citada Junta al amparo del art. 203 LSC y comunicó *“el ejercicio del derecho de representación proporcional para la elección de miembros del consejo de administración que corresponde MED WIN”*, al amparo del art. 243 LSC y el RD 821/1991, de 17 de mayo;
5. Que con fecha de 19 de junio de 2023, en respuesta a la recepción de la comunicación realizada por MED WIND el 16 de junio de 2023, seis de los 8 consejeros de RENOMAR (todos menos FRANCISCO FENOLLAR y NATALIA FENOLLAR), remitieron al presidente del consejo de administración de la misma una misiva solicitando su urgente convocatoria -previa, en cualquier caso a la celebración de la Junta- con la finalidad de *deliberar* sobre la designación del notario así como *valorar* la comunicación de la agrupación de acciones realizada por MED WIND a los efectos de ejercitar su derecho de representación proporcional, al entender en este último caso, que se trataba de una actuación unilateral del consejero delegado de MED WIND (FRANCISCO FENOLLAR) que no contaba con el respaldo del consejo de administración de la citada mercantil. Dicha propuesta fue rechazada por CEPE por medio de escrito de 22 de junio de 2023;

6. Que la junta se constituyó el 23 de junio de 2023, actuando como presidente FRANCISCO FENOLLAR, en su condición de representante de CEPE, como se ha dicho, presidente del consejo de administración de RENOMAR. Del propio modo, compareció el notario Ubaldo Nieto Carol, cuya presencia había sido requerida por el presidente del consejo atendida la petición realizada por MED WIND (representada en la junta por el Letrado Vázquez Lepinette a quien FRANCISCO FENOLLAR, en su condición de consejero delegado de MED WIND, había otorgado poder especial al efecto), que levantó acta pública del contenido de la meritada Junta;

7. Que los puntos del orden del día de la junta ordinaria fueron aprobados por unanimidad de los socios. En cuanto a las cuestiones incluidas en la orden del día de la junta general extraordinaria, no se adoptó acuerdo alguno propiamente dicho. En este caso, el representante de MED WIND (el Letrado Vázquez Lepinette) manifestó su voluntad de ejercitar su derecho a la representación proporcional de conformidad con la agrupación de acciones previamente comunicada, indicando que le correspondía el nombramiento de 4 de los 8 consejeros que nombraba en el acto. Así, nombró como consejeros a i) CEPE (reelección al haber caducado el cargo); ii) ENERGIAS RENOVABLES DE CASTELLÓN ALICANTE Y VALENCIA (reelección al haber caducado el cargo), así como el suplente, ENERGIAS EÓLICAS DE CASTELLÓN SL; iii) y VINDUR MEDITERRANEAN ENERGY SL (que ocupaba el puesto de NATALIA FENOLLAR, administradora de VINDUR, que cesaba en el acto). Del propio modo, MED WIND, anunció la sustitución NOMAR PATRIMONIAL, por AUXPACER, para cuando tuviera lugar el cese de aquella. A preguntas de los asistentes, el presidente de la junta, FRANCISCO FENOLLAR,

manifestó en el acto que él como tal presidente de la junta (y del consejo), había aceptado la agrupación y la facultad de nombrar de MED WIND, proclamando el nombramiento como consejeros de los propuestos;

8. Que, el 1 de agosto de 2023, se presentó certificación ante el Registro Mercantil (en adelante, RM) firmada por el secretario del Consejo de Administración de RENOMAR con el visto bueno de su presidente al objeto de inscribir los acuerdos adoptados en la meritada Junta;
9. Que, con fecha de 11 de agosto de 2023, el Registrador denegó suspensivamente la inscripción de los acuerdos presentados, circunstancia de la que el secretario del consejo informó al resto de consejeros por correo electrónico remitido el 11 de agosto de 2023;
10. Que, vuelta a presentar la solicitud de inscripción el 18 de septiembre de 2023, con fecha de 2 de octubre de 2023, se notificó a RENOMAR la siguiente resolución:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Habiéndose aportado el acta notarial requerida el 19 de junio de 2023 y de posterior cumplimiento el día 23 de junio de 2023 a efectos de determinar su naturaleza y regularidad, se extiende la siguiente nota de calificación:

1.- Como señalaron las RDGRN de 19, 20 y 22 de septiembre de 2.000 y la de 31 de enero de 2018, la exigencia de un acuerdo del Consejo que debiera haberse

acreditado debidamente ante el notario, constituye ya un defecto de carácter denegatorio, pues según se desprende del acta no tuvo lugar dicho acuerdo antes de la celebración de la junta. De adverso se puede invocar la condición de presidente del Consejo y consejero-delegado, pero no es suficiente a efectos representativos de la mercantil la cualidad de presidente del Consejo -en que interviene en nombre de "Compañía Europea de Producciones Energéticas SL" el Sr. Don Francisco Fenollar-. Tampoco lo es en su condición de consejera-delegada como señaló la RDGRN de 31 de enero de 2018 al ser la convocatoria de la junta y por ende la legitimación para requerir al notario que levante acta notarial de la misma, una facultad indelegable conforme al artículo 249 bis, apartado j. En efecto resulta evidente que se trata de una facultad vinculada a la convocatoria de la junta y por tanto indelegable por el Consejo de Administración.

2.- A efectos de subsanar el posible defecto señalado en la nota precedente "No consta el contenido y requisitos de la notificación de la agrupación a efectos de lo señalado y exigido por el art. 4 del Decreto 821/1991, de 17 de mayo", resulta, en efecto, no acreditado el cumplimiento del art. 4 del Decreto 821/1991 de 17 de mayo, en cuanto a la notificación que de la agrupación de acciones verificada se debe realizar al Consejo de Administración, acuerdo del Consejo de Administración que no consta, tan solo la comunicación a la sociedad, entendiéndose al Presidente del Consejo en cumplimiento del art. 235 de la LSC, pero no se acredita que fue convocada reunión del

Consejo a los efectos determinados en el citado artículo 4 y lo acordado en dicho consejo. DEFECTO DE CARÁCTER SUSPENSIVO.

3.- No consta que se hayan estampillado cada uno de los títulos de las acciones, expresando la fecha del nombramiento y la duración de la agrupación. (art. 9 y 10 del Decreto 821/1991 de 17 de mayo). DEFECTO DE CARÁCTER SUSPENSIVO.

4.- Se hace referencia al cese de consejeros de la mercantil "Energías Renovables Mediterráneas SA" acordados por el Consejo de Administración de la mercantil "Med Wind SL" manifiestamente incompetente a estos efectos. (art. 223 LSC). Asimismo, y en este sentido, para el caso de cese o dimisión efectivos de "NOMAR PATRIMONIAL SL" y aunque se aduce el art. 3 del Decreto 821/1991, de 17 de mayo, tal Decreto no ampara el nombramiento de un nuevo consejero para cubrir una vacante no producida como se desprende de su propio tenor literal. (art. 3 Código Civil). DEFECTO DE CARÁCTER DENEGATORIO.

5.- La DGRN en resoluciones de 28 de junio de 2013 citada y reiterada por la de 31 de enero de 2018 ha señalado que: "el acta notarial de la junta general de una sociedad de capital tiene en principio 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 artículo 203.1 de la Ley de Sociedades de Capital, que obliga a los administradores para requerir la presencia de notario 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 conclusión, pues como se desprende del art. 203 de la LSC, los acuerdos carecen de eficacia al no constar en acta notarial de junta. DEFECTO DE CARÁCTER DENEGATORIO. Se han cumplido en su integridad los trámites previstos en el artículo 18 del Código de Comercio y 6 y 15 del Reglamento del Registro Mercantil. Asimismo, como ha manifestado la Dirección General de los Registros y del Notariado reiteradamente, no puede desconocerse a tales efectos la independencia que tiene cada Registrador al ejercitar su función calificadora bajo su propia exclusiva responsabilidad conforme al citado art. 18 del Código de Comercio (RDGRN de 5 de julio de 2.011).

Posición del recurrente.

1.2.1- Sentado el anterior relato, tenemos que el actor, la mercantil CEPE, en su condición de consejero y presidente del consejo de administración de RENOMAR (así lo indica expresamente en el folio 7 de la demanda, relativo a la legitimación) ha interpuesto recurso directo de revisión frente a la meritada resolución del Registro Mercantil nº 3 de Valencia, de 27 de septiembre de 2023, por la que, como hemos visto, califica negativamente la inscripción de los acuerdos adoptados en la junta general ordinaria y extraordinaria de RENOMAR celebrada el 23 de junio de 2023, ofreciendo una serie de argumentos que pasan a ser examinados a continuación.

1.2.2.- Por lo que se refiere a los defectos denegatorios 1º y 5º, con cita reiterada de la SAP de Madrid, secc. 28ª, de 3 de marzo de 2023 -que el recurrente entiende que da soporte a su actuación- considera que, en la medida que el llamamiento del notario es un *acto debido*, es necesario hacer una interpretación flexible del art. 203 LSC. A partir de ahí argumenta que el notario no pudo negarse a atender el requerimiento efectuado por el presidente del consejo porque, al no tratarse de un acto representativo por carecer de contenido negocial, reunía legitimación en el sentido del art. 198 RN para ejecutarlo.

1.2.3.- En cuanto al defecto denegatorio nº 4, apunta que resulta de *difícil intelección* puesto que lo único que hace MED WIND es "*en ejercicio de su derecho de minoría anunciar que, en caso de que quede vacante el puesto de consejero de RENOMAR que ocupa NOMAR PATRIMONIAL será cubierto por quien designe la propia MED WIN. Es un mero anuncio, no se trata de inscribir nada*" (folio 14 de la dem.).

1.2.4.- Al respecto de los defectos de carácter suspensivo 2º y 3º, el recurrente sostiene, en primer lugar, que no se compadece con el tenor de los arts. 243 LSC y 4 RD 891/2021, que sea necesario un acuerdo del consejo de administración RENOMAR que valide el ejercicio del derecho de representación proporcional por parte del socio; que sí se ha producido el estampillado de las acciones, tal y como resulta de la certificación expedida por el secretario del consejo de administración.

Posición del registrador

1.3.- El registrador ha comparecido en los presentes autos y se ha limitado a ratificar el sentido de la resolución recurrida.

Posición del notario

1.4.- El notario, en síntesis, asume y desarrolla la tesis del recurrente al respecto de la legitimación para el llamamiento como secretario de la junta.

Posición del interviniente

1.5.- Como se deduce de los HECHOS, ha comparecido en los presentes autos por vía del art. 13 LEC, AGR accionista titular del 50% del capital social de RENOMAR, cuya posición y argumentos abiertamente contrarios al llamamiento del notario (en síntesis, infracción del art. 203 LSC al haber usurpado el presidente funciones propias del consejo de administración) y al ejercicio por parte de MED WIND del derecho de obtener una representación proporcional en el consejo por mor de la agrupación de acciones previamente comunicada (en síntesis, por infracción del 243 LSC al no haberse posibilitado al consejo de

administración de RENOMAR una valoración previa de la regularidad de la agrupación), suponen una reproducción sustancial de los que constan incorporados al acta de la junta de 23 de junio de 2023 (señaladamente, a través de los docs. 1, 3, 4, 6 y 7). Quizá, la única novedad, como hecho acaecido con posterioridad de cierto interés, es la interposición de una demanda frente a MED WIND y RENOMAR en la que promueve la declaración de que no fueron ajustados a derecho los ceses y nombramientos efectuados por MED WIND en la propia junta de 23 de junio de 2023. Señalar, en fin, que el AGR, como ya se indicaba en el doc. 7 de los que acompaña el acta notarial, redundaba en la idea de que el origen del conflicto se sitúa en la adquisición por su parte del 50% del capital social de CEPE hasta la fecha titulado por AXUPACER SL (fecha de otorgamiento de la escritura pública de adquisición, 5 de junio de 2023), adquisición que determinaría que AGR pasaría a poseer directa e indirectamente el 75% del capital social de RENOMAR (lo que tiene trascendencia en lo relativo a los nombramientos en el consejo administración de RENOMAR, que se reparten por mitad entre las sociedades accionistas), que, sin embargo, no ha querido ser reconocida por el secretario de CEPE mediante su constancia en el libro de socios y la expedición de certificado (art. 105.2 LSC).

Segundo. - Sobre los defectos denegatorios 1º y 5º. Régimen jurídico aplicable. Posición del Tribunal.

2.1.- Como ineludible referencia para la resolución de la cuestión suscitada en relación a los defectos denegatorios nº. 1 y 5º, debemos traer a colación el art. 203 TRLC que, bajo la rúbrica "*Acta notarial*", declara:

1. 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 social 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.
2. El acta notarial no se someterá a trámite de aprobación, tendrá la consideración de acta de la junta y los acuerdos que consten en ella podrán ejecutarse a partir de la fecha de su cierre.
3. Los honorarios notariales serán de cargo de la sociedad.

2.2.- Como recuerda Aurora Campins (El acta notarial de la Junta: un comentario al art. 203 LSC, Almacén del Derecho, 2 de julio de 2018) “ el acta notarial es un documento testimonial que recoge por escrito la existencia, válida formación y exacto contenido de lo acontecido en el seno de la junta, cumpliendo en este sentido la misma finalidad probatoria que el acta ordinaria, “con el valor añadido de que al ser un documento público queda bajo la fe del notario los hechos consignados en la misma” (RRDGRN 13-XI-1999, 3-V-2002, 28-VI-2013 y 28-VIII-2014). La debida obligación de imparcialidad del notario en el otorgamiento de la fe pública hace que el recurso al acta notarial constituya una práctica extendida en muchas sociedades, resultando especialmente útil en el seno de juntas conflictivas como forma de protección de los derechos de las minoría “en cuanto se consigna en dicho título no solo las posibles irregularidades de ese proceso sino también, en su caso, las reservas u otras manifestaciones relevantes de socios con el fin

de facilitar la impugnación de los acuerdos viciados” (RDGRN 19-VII-2017).

2.3.- Como hemos visto, la sanción a la falta de llamamiento del notario cuando haya sido solicitada por un socio que cumpla (tanto él, por alcanzar la cuota mínima de participación societaria exigida, como la petición, por ser tempestiva) los requisitos recogidos en la Ley será la *ineficacia* de los acuerdos adoptados. En este sentido, con ocasión de la puesta de manifiesto de las diferencias entre un *acta de presencia* y *acta notarial de junta* ex art. 203 LSC propiamente dicha, la RDFPSJ de 11 de octubre de 2023, analiza el sentido y origen de la meritada sanción declarando:

“Según el artículo 114 del derogado texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, la solicitud de acta notarial por la minoría no producía un efecto directo sobre los acuerdos adoptados por la posterior junta general celebrada sin cumplimentar el requerimiento.

Para dotar de una mayor eficacia intimidatoria a la petición, en el artículo 104 del Reglamento del Registro Mercantil se previó la extensión de una anotación preventiva de acta notarial, a instancia de cualquier interesado, con efectos de cierre temporal del Registro durante un período de tres meses o hasta que se acreditara la intervención de un notario en la junta.

En la también derogada Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, se arbitró en el artículo 55 la fórmula de condicionar la eficacia de los acuerdos adoptados en la subsiguiente junta a su constancia en acta notarial. En armonía con ello, el artículo 194 del

Reglamento del Registro Mercantil estableció, para las sociedades de responsabilidad limitada, el reflejo tabular de la solicitud de acta notarial por la minoría mediante nota marginal cuando en el orden del día figurara la aprobación de cuentas anuales o algún acuerdo susceptible de inscripción.

Posteriormente, la Ley de Sociedades de Capital, actualmente vigente, dedica a este tema su artículo 203 con un enfoque concordante con el ideado precedentemente para las sociedades de responsabilidad limitada, sometiendo la eficacia de los acuerdos de la junta general posterior a la solicitud de la minoría a la constancia de su celebración en acta notarial.

3. En consecuencia, en el régimen actual de las sociedades anónimas, la anotación preventiva regulada en el artículo 104 del Reglamento del Registro Mercantil pierde el carácter de instrumento imprescindible para que, a través del cierre temporal del Registro, la solicitud de acta notarial tenga efecto sobre los acuerdos adoptados sin respetarla, pues el artículo 203 de la Ley de Sociedades de Capital los convierte directamente en ineficaces.

No obstante, como ya advirtiera la Resolución de este Centro Directivo de 28 de junio de 2013, una vez practicada la anotación preventiva, «lo cierto es que no puede ignorarse la regulación sustantiva que resulta aplicable tanto para las sociedades de responsabilidad limitada como -desde la entrada en vigor del artículo 203.1 de la Ley de Sociedades de Capital- para las sociedades anónimas, y según la cual una vez solicitado por la minoría prevista el levantamiento de acta notarial de la junta general, esta documentación de los acuerdos se constituye en requisito imprescindible para la eficacia de los acuerdos adoptados

y, por ende, para su acceso al Registro Mercantil». En el mismo sentido se han pronunciado las Resoluciones de 28 de julio de 2014 y 8 de febrero y 4 de julio de 2022. También el Tribunal Supremo ha afirmado, en Sentencia número 561/2022, de 12 de julio, de la Sala de lo Civil, que «la ausencia de notario, cuando hubiera sido solicitada válidamente su presencia, vicia de ineficacia todos los acuerdos que pudieran adoptarse en la junta».

2.4.- La competencia para requerir la presencia del notario corresponde en exclusiva a los administradores quienes podrán hacerlo siempre que lo juzguen conveniente para el interés social, y, en todo caso, siempre que lo soliciten socios legitimados con cinco días de antelación a la celebración de la junta (art. 203.1 LSC). Esto es, aunque existe una doble legitimación (de socios o administradores) para solicitar el levantamiento del acta notarial la ley atribuye una competencia exclusiva (como facultad potestativa y como potestad obligatoria) a favor de los administradores para realizar el correspondiente requerimiento notarial.

2.5.- Lógicamente, por administradores podemos entender, dependiendo de la estructura del órgano de administración, al administrador único, los administradores mancomunados, cualquiera de los administradores solidarios o el propio consejo por decisión colegial (art. 233 LSC; art. 124 RRM).

2.6.- Sobre la SAP de Madrid, secc. 28^a, de 3 de marzo de 2023.

2.6.1.- Sin perjuicio de que, lógicamente, no constituye jurisprudencia propiamente dicha, considero de interés, amén de porque ha sido reiteradamente citada por el recurrente -como si

de la misma se dedujera el aval al proceder del presidente del consejo de administración en el caso que nos ocupa-, porque se trata de uno de los escasos pronunciamientos en el ámbito de la jurisprudencia *menor* sobre la problemática examinada, realizar una detallada exégesis de la interesante y bien articulada SAP de Madrid, secc. 28ª, de 3 de marzo de 2023 (Pte. Rafael Fuentes Devesa), dictada en un expediente de revisión frente a la RFPSJ de 31 de enero de 2018, a lo largo de la cual trataré de demostrar que, por el contrario, la meritada resolución no da cobertura a la actuación del recurrente.

2.6.2- Como punto de partida en el análisis de la citada SAP debemos tomar los hechos sometidos a la consideración del Tribunal, advirtiéndose, desde luego, importantes divergencias respecto de los que aquí se suscitan. En concreto, tales hechos serían los siguientes:

i) el consejo de administración de ADIANTE convocó junta general para el día 24 de julio de 2017 en primera convocatoria y el 25 en segunda. Los anuncios de la convocatoria se publicaron el 22 de junio de 2017 en el BORME y en un diario

ii) el accionista CASA RELLÓN INGENIEROS, S.L., con un 10.588% del capital social, solicitó la presencia de notario en la junta, así como un complemento de convocatoria el 26 de junio mediante notificación fehaciente enviada al consejo, a fin de que incluyese los siguientes acuerdos en el orden del día:

- aprobación de las cuentas anuales del ejercicio 2016, de la aplicación del resultado y de la gestión social

- cese de los consejeros don Jesús y don Jorge por la existencia de un conflicto de interés con la sociedad, y nombramiento de nuevos consejeros en sustitución de los cesados.

iii) el presidente del consejo de administración y consejero delegado de ADIANTE solicitó al consejero y secretario del consejo que convocara una reunión del consejo para el 5 de julio con el fin de dar curso a las solicitudes incluidas en el complemento, sin que se pudiera celebrar por falta de quórum (dado que los consejeros D. Jorge y D. Jesús decidieron no acudir a la reunión, según manifestaciones recogidas en el acta de la junta general)

iv) el consejero delegado solicitó la presencia de notario en la junta y dio curso al complemento de convocatoria, publicándose los nuevos puntos del orden del día en la misma forma que la convocatoria originaria.

v) la junta general se celebró el día y hora señalado, con aprobación de la totalidad de los puntos del orden del día, siendo levantada acta notarial por el notario requerido.

vi) otorgada escritura pública de los acuerdos adoptados y presentada para su inscripción en el Registro Mercantil, se emitió calificación negativa por no existir acuerdo del consejo de administración para acordar el complemento de convocatoria de la junta ni para requerir la presencia de

notario, que estima que son facultades del consejo de administración no delegables

2.6.3.- Como se ha anticipado, del relato transcrito se desprenden algunas diferencias significativas respecto del supuesto de autos que serían: i) el presidente del consejo era, al propio tiempo, consejero delegado; ii) el presidente del consejo lo convocó para adoptar en su seno, tanto el acuerdo de llamamiento al notario a instancia del socio, como el de complemento de convocatoria, si bien la reunión del consejo no pudo celebrarse por ausencia de dos de sus miembros (precisamente, aquellos que iban a ser cesados); iii) el presidente, no como tal, sino en su condición de consejero delegado, fue el que adoptó el acuerdo de llamamiento al notario y complemento del orden del día.

2.6.4- A partir de aquí, ¿qué es lo que resuelve la Audiencia? Pues desestima el recurso, si bien, a diferencia de lo que sucede respecto del complemento de convocatoria, admite el llamamiento del notario por el consejero delegado. En concreto, por lo que al complemento de convocatoria se refiere declara:

***“Lo que no aclara la LSC es si estamos ante una facultad - más bien función - del órgano de administración exclusiva e indelegable o, por el contrario, es delegable, de modo que, en caso de un consejo de administración con consejero delegado en el que se haya delegado la totalidad de facultades delegables, este último puede atender esa petición de complemento.*”**

Para dar respuesta a este interrogante conviene tener en cuenta la finalidad de las normas directamente implicadas, esto es, del art 172 y 249 bis j) LSC

4. Principiando por el art 249 bis j), este precepto se inserta dentro del conjunto normativo dedicado al consejero delegado como figura llamada a aligerar los problemas que para la gestión ordinaria de la sociedad supone el funcionamiento del consejo de administración como órgano colegiado. No obstante, ello, el legislador en el precepto citado enumera una serie de facultades indelegables cuya finalidad es asegurar que el núcleo esencial de las competencias del órgano de administración sea ejercitado por el propio consejo de administración. Son de variada naturaleza, y entre ellas el legislador considera como tales algunas que afectan a la organización de los órganos sociales [letras d) y j)].

Centrados en la letra j) , con la reforma de 2014 se pone final a la divergencia entre la jurisprudencia (por todas, STS 14.3.2005) y doctrina registral (por todas, RDGRN de 8.3.2005) acerca del carácter indelegable de la competencia para la convocatoria de la junta general, decantándose por la primera, al estimar que la decisión de reunir a los socios y la determinación de los asuntos sobre los que han de pronunciarse es una materia de calado, con una trascendencia en la vida societaria, que justifica que se residencie de manera indelegable en el consejo de administración. Carácter indelegable que se extiende a dos aspectos conexos y vinculados como son la elaboración del orden del día y la propuesta de acuerdos. Ello no impide

que la ejecución material de esos acuerdos del consejo pueda ser delegada.

5. En cuanto al art 172 LSC se ha dicho que es un derecho de la minoría que permite que esta se involucre en el poder de decisión social, al posibilitar que someta a la junta general asuntos que entiende relevante para el interés social. Persigue que se haga participe del poder de decidir qué asuntos son planteado a debate y decisión del órgano soberano, por lo que la doctrina lo califica como un "derecho político" (así se recoge en la citada STS 377/2012) encaminado a reactivar la junta, que viene a matizar el monopolio que el órgano de administración tiene para conformar el orden del día (art 166LSC).

Junto a esta dimensión política, no puede dejarse al lado que también responde a la idea de ahorro de costes, esfuerzos y tiempo, pues al habilitar la inclusión de nuevos puntos del orden del día en una junta ya en marcha evita que tenga que acudir al otro derecho de la minoría como es el de la convocatoria de junta general (art 168LSC). Economía de costes y tiempo no solo para la minoría social instante, sino también para la sociedad y resto de socios, que van a aprovechar ya una reunión social programada para debatir y decidir sobre los asuntos que considera relevante la minoría, sin necesidad de una nueva junta, con los gastos y dedicación que ello conlleva. Es evidente que el impacto y alteración que provoca en la vida social es comparativamente mucho menor que el de una convocatoria de junta a instancia de la minoría

6. Las finalidades apuntadas y los intereses en juego nos conducen a entender que esa facultad de atender el complemento de convocatoria resulta indelegable, de modo que no puede ser desempeñada por el consejero delegado. No se niega que resulta una postura más formalista , pero ello viene impuesto por la naturaleza de los intereses en litigio .Es el legislador el que considera en el art 249 bis j) que la determinación de los asuntos a tratar por la junta, por su trascendencia, se residencia en exclusiva en el órgano de administración , sin posibilidad de delegación , y es evidente que con el complemento del orden del día se adicionan e incluyen uno o más puntos en el orden del día , y ello, como hemos visto, es materia indelegable

7. El que pueda resultar más dificultoso exigir el acuerdo de un órgano colegiado (con su quorum de asistencia y mayorías, y en su caso con sujeción a las reglas de funcionamiento que se hayan previsto) en un lapso temporal necesariamente corto, lo que impone es que el órgano social llamado a cumplir esta función extreme su diligencia, pero no supone - como se viene a sostener en el recurso - que la función sea delegable, y se deje en manos de la voluntad unilateral del consejero delegado .

Conectado con ello, si no se pudiera llevar a efecto la reunión del consejo de administración por la actuación obstruccionista de alguno de los consejeros (como parece que se apunta en el caso presente) ello no habilita a alterar la regla de exclusividad competencial , sin perjuicio, de que ello se depure, en su caso, a través de las acciones de responsabilidad en que hayan podido incurrir los integrantes del órgano - con la

individualización correspondiente , si no actúan de igual forma - al amparo de lo dispuesto en los artículos 236 y 241 del TRLSC

8. Lleva razón el recurso al decir que estamos ante un acto debido (como dice la STS 377/2012), pero ello no significa que sea automático. Ya hemos anticipado que el órgano de administración, ante la petición de complemento de la minoría no debe, sin más, limitarse a atenderla. Debe realizar un control de los presupuestos legales, con ese cierto "poder de revisión" o de "modulación", e inclusive un control material al que antes nos hemos referido, sin que se afirme con ello que sea discrecional.

Control que hace que nos movamos fuera del ámbito de los actos de ejecución (estos sí delegables) y que por la trascendencia que implica la materia sobre la que recae, el mismo deba residenciarse, según se desprende del diseño legal antes apuntado, en el órgano de administración, independientemente de su modo de organización, sin posibilidad de dejación en el consejero delegado. El que la sanción que acarrea su falta de cumplimiento, con la ineficacia de la junta, sea grave no altera esta conclusión, sino que es la que se ha considerado ajustada para excitar el celo del órgano de administración

9. La tesis de la recurrente no se adecua a la lectura integradora del art 249 bis j) LSC . Si este prevé que es indelegable la facultad de convocatoria, elaboración del orden del día y la propuesta de acuerdos, ello es perfectamente trasladable al complemento de la convocatoria, que, siendo un derecho de minoría distinto a

la petición de convocatoria (art 168), también implica una configuración del orden del día, al introducir nuevos asuntos.

Hay, pues, entre ambos una estrecha relación, al responder a la misma ratio: son derechos de la minoría que permiten su implicación en la vida societaria y ponen fin al monopolio del órgano de administración en la determinación de los asuntos a decidir por el órgano soberano, de modo que los consideramos a estos efectos equiparables. Ello justifica la traslación que hace la resolución de la DGRN impugnada de la regla del art 249bis j) al supuesto del art 172

El que no sean idénticos, como enfatiza el recurrente, no desvirtúa lo dicho. Es verdad que ante la falta de atención del derecho del art 172 la sanción es la nulidad de la junta, en lugar de prever el remedio del expediente de la convocatoria de la junta por el LAJ o el registrador .Pero ello se explica porque por motivos temporales es imposible acudir a este remedio para completar una convocatoria ya en marcha; expediente ante el LAJ o extrajudicial al se podrá acudir en todo caso , al margen de que si no se atiende la solicitud ex art 172 LCS la junta no completada sea nula.”

2.6.5.- En cuanto al llamamiento del notario, expresa:

SEXO. - *La facultad de acordar la presencia notarial en la Junta*

1. La tesis de la compañía actora - y ahora apelante- según la cual la facultad para acordar la presencia de notario solicitado por un socio es una facultad delegable del consejo de administración se basa, en resumen, en los siguientes argumentos: 1º) no cabe confundir la facultad de convocar la junta general - que es indelegable- con el deber del artículo 203 LSC , y que la RDGRN supone introducir una formalidad innecesaria y carente de sentido y 2º) la reforma de la LSC de 2014 no incluye la solicitud de presencia notarial como facultad indelegable en el art 249 bis , limitándose en el caso presente el consejero delegado a dar curso a la solicitud del socio, después de que el consejo de administración no la atendiera , con transcripción de la crítica de la RDGRN vertida por un catedrático de Derecho mercantil

Valoración del Tribunal

2. Según prescribe el artículo 203.1 LSC

"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 social en la sociedad anónima o el cinco por ciento en la sociedad de responsabilidad limitada. En este caso los acuerdos solo serán eficaces si constan en acta notarial "

Es pacífico afirmar que este derecho de la minoría busca garantizar que el acta de la junta- que debe

sujetarse a lo prescrito en el art 26 Cco y art 97RRM - refleja realmente lo acaecido en ella en aquellos casos de importantes desavenencias entre los socios, con quiebra de la confianza de que pueda desempeñarse correctamente la función de levantamiento del acta.

3.La afirmación del Centro Directivo de que estamos ante una facultad comprendida en el art 249 bis " por resultar evidente que se trata de una obligación vinculada a la convocatoria de la junta y por tanto indelegable por el consejo de administración " no se comparte por varias razones.

3.1 En primer lugar, no se trata de un derecho de la minoría que afecte a la "convocatoria de la junta general de accionistas y la elaboración del orden del día y la propuesta de acuerdos".

El carácter indelegable que supone esta previsión se explica, como hemos dicho, porque se entiende que la decisión de reunir a los socios y determinar los asuntos sobre los que han de pronunciarse es una materia de trascendencia tal en la vida societaria, que justifica que se asigne de manera exclusiva e indelegable en el consejo de administración. Ello nada tiene que ver con la previsión del art 203 LSC, que se refiere a una actuación posterior a la convocatoria y a su contenido, como nos lo revela la ubicación sistemática del precepto, que se ejercita de manera previa a la celebración de la reunión social, encaminada a asegurar a los socios minoritarios que un fedatario público levante el acta, ante los recelos acerca de cómo pudiera ser redactada. No concurre identidad de

razón alguna que justifique la aplicación analógica ex art 4CC , que en el fondo subyace en la RDGRN al equipar el régimen de la convocatoria de la junta con el requerimiento de la presencia notarial.

*3.2 En segundo lugar, **el que el órgano de administración sea quien deba atender ese requerimiento, no significa que, si se trata de un órgano colegiado - como es el caso -, su ejercicio pueda delegarse, que es lo aquí relevante.***

No hay que perder de vista que debe ser cumplimentado en un escaso lapso temporal, y la sanción en caso de no ser atendido y faltar el acta notarial es la ineficacia de los acuerdos sociales. Exigir el acuerdo del consejo de administración en este caso, sin permitir su ejercicio delegado, supone incrementar las posibilidades de que se frustré esa petición, con lo cual no solo se perjudica al derecho de la minoría, sino que también repercute negativamente en la vida social, al provocar la ineficacia de los acuerdos adoptados

Todo ello hace que la finalidad perseguida por la norma y los intereses en juego quedan mejor salvaguardados si, en lugar de lecturas formalista (como es la exigencia previa de un acuerdo del consejo de administración), se patrocina una solución que resulta más eficiente al considerarse esta facultad - más bien función- como delegable, de modo que pueda ser desempeñada por el consejero delegado.

3.3 En tercer lugar, negar ese ejercicio delegado, extendiendo la regla contenida en el art 249bis j) LSC, supone, a nuestro entender, además incurrir en un formalismo exacerbado carente de justificación, atendidas las circunstancias concurrentes.

Nos encontramos ante un acto debido, y aunque no es automático, el ámbito de control es esencialmente formal, sin discreción alguna, ya que se debe limitar a verificar que esa petición de la minoría reúna los requisitos de legitimación (que proceda de socios que representen el porcentaje legalmente establecido, que varía según el tipo social) y temporal (que se verifique con cinco días siguientes de antelación al previsto para la celebración de la junta).

En estas circunstancias, imponer el acuerdo de un órgano colegiado e impedir que el ejercicio de esa función se desempeñe por el consejero delegado se antoja un exceso, sobre todo en casos en los que no se ha podido obtener el acuerdo del consejo de administración, y totalmente desproporcionado, a la vista de las graves consecuencias que acarrea su inatención , que no solo perjudican a la minoría instante, sino que repercuten negativamente en la vida social , al provocar la ineficacia de los acuerdos aprobados, al no estar reflejados en acta notarial. Sanción tan radical que no resulta explicable cuando el derecho de la minoría se ve atendido

4. No obstante llevar razón en este particular la demandante y ahora apelante, el recurso no puede prosperar porque lo pedido en su demanda es la anulación de la RDGRN

confirmatoria de la calificación negativa del registrador mercantil y, en su virtud, que se ordene la inscripción de los acuerdos sociales de la demandante, y ello no procede, dado que en lo tocante al carácter indelegable de la facultad para atender el complemento de convocatoria se mantiene el criterio sustentado por el Centro Directivo.

2.6.7- Como es de ver, la meritada SAP, sin dejar de reconocer, lógicamente, que se trata de una competencia del órgano de administración societario, sitúa el debate en determinar si el complemento de convocatoria y el llamamiento del notario puede ser considerado como una facultad delegable en el consejero delegado atendido, fundamentalmente, el tenor del art. 249 bis j), que califica de indelegable, entre otras, *“La convocatoria de la junta general de accionistas y la elaboración del orden del día y la propuesta de acuerdos.”* Así, la meritada SAP, atendiendo, de un lado, a consideraciones de índole jurídica como serían el grado de vinculación de cada actuación con la competencia que se describe en el citado precepto -mayor en el caso del complemento-; la naturaleza de la función -de mero control de la concurrencia de los presupuestos legales en ambos casos- que desempeña el órgano de administración; las perjudiciales consecuencias que se deducen del incumplimiento de la petición de complemento o el llamamiento del notario -ineficacia y nulidad de los acuerdos; y, de otro, a las concretas circunstancias concurrentes en el supuesto examinado -imposibilidad de reunir el consejo a pesar de haber sido convocado-, excluye la delegación en el primer caso, pero la admite en el segundo, realizando lo que califica de interpretación *flexible*, no formalista del art. 203 LSC.

2.6.8.- El criterio que emana de la citada se opone, al menos en lo relativo al llamamiento del notario, al que resulta de la RDGRN de 18, que era objeto de recurso y que, en síntesis, rechaza que de la dicción del art. 203 LSC se dedujera una suerte de *automaticidad* del llamamiento que permita la delegación de su ejecución en el consejero delegado, sino que corresponde al consejo *“evaluar la solicitud del socio minoritario y tomar la decisión que corresponda sin perjuicio, claro está, de la responsabilidad que derive su actuación.”*

2.7.- Posición del Tribunal

2.7.1.- El problema con el que nos encontramos en el supuesto de autos es que, como se ha adelantado, concurren importantes diferencias con el supuesto tratado por la meritada SAP que aconsejan separarse del criterio emana de la misma por ausencia de identidad de razón.

2.7.2.- Así, tenemos, en primer lugar, que, quien requiere la presencia del notario (y tiene por comunicada la agrupación de acciones) atendiendo la petición de MED WIND realizada a través de su consejero delegado, FRANCISO FENOLLOSA (de forma controvertida, todo sea dicho, por parte de los consejeros de MED WIND, en concreto, los nombrados a instancia de AUXPACER, que censuran que la decisión no haya sido tomada en el seno del consejo; doc. nº 7 del acta) es el propio FRANCISCO FENOLLOSA en su condición de presidente del consejo de RENOMAR, no de consejero delegado -cargo que no existe en RENOMAR-. Se trata esta de una cuestión no menor, puesto que mientras que las funciones del presidente del consejo se reducen a la convocatoria, dirección de los debates, prórroga y suspensión de la reunión y formalización y certificación de los acuerdos, sin

que tenga, en principio, la representación del consejo, el consejero delegado, dentro de la órbita de la delegación y de los límites del art. 249, sí sustituye al consejo y lo representa tanto hacia el interior como el exterior de la sociedad, sin perjuicio, claro, de la supervisión de sus actos por el propio consejo.

2.7.3.- Y, en segundo lugar, que el presidente del consejo, desde una posición conflictuada e indudablemente con el reojo puesto en la lucha de poder en el seno del MED WIND, tomó la decisión tanto de llamar al notario como de tener por efectuada la comunicación de la agrupación sin intentar siquiera reunir al consejo, a pesar de la tempestiva y oportuna petición de la mayoría de los consejeros (6 de 8).

2.7.4.- Este tribunal no es capaz, en un escenario jurídico y fáctico como el que se acaba de describir deslizarse por la senda *flexibilizadora* que propugna el recurrente y, apartándose del régimen ordinario de funcionamiento del órgano de administración societario, admitir que el presidente del consejo sustituya a este en el ejercicio de las funciones que nítidamente (cualquiera que sea la naturaleza del llamamiento, negocial o representativo) le atribuye el propio 203 LSC, teniendo en cuenta que, si hemos llegado a este punto, no es por insuficiencia o inejecutabilidad material de las que las normas prescriben la participación del consejo, sino por la propia voluntad del recurrente que ha preterido de forma consciente la citada participación en ámbitos, insisto, de estricta competencia del consejo.

2.7.5.- De hecho, siguiendo el razonamiento que se acaba de exponer, este Tribunal alberga dudas razonables acerca de si el

recurrente, ya sea como presidente del consejo o vocal del mismo, sin autorización previa del consejo, reúne legitimación propia ex art. 325 LH, es decir, diferenciada del órgano al que se preside, como para promover el ejercicio de la presente acción.

2.7.6.- Desestimado el recurso por el motivo expresado, en la medida que la totalidad de los actos y acuerdos figuran otorgados en un acta notarial de junta que no se debió extender, carece de sentido entrar en el análisis de los restantes motivos de denegación o suspensión.

Tercero.- Costas.

Procede su imposición al demandante.

FALLO

QUE DESESTIMO la demanda interpuesta por el/la Procurador/a Paula Andrés Peiró, en nombre y representación de COMPAÑÍA EUROPEA DE PRODUCCIONES ENERGÉNTAS SL (en adelante, CEPE), frente a la Resolución del Registro de lo mercantil ni 3 de Valencia de 27 de septiembre de 2023, con imposición de costas a la actora.

Contra la presente resolución cabe la interposición de recurso de APELACIÓN.

Así por esta sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el/la Sr/a. Juez que la dictó, estando el/la mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, el/la Letrado A. Justicia doy fe, en VALENCIA , a diez de mayo de dos mil veinticuatro.