

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**24742** *Resolución de 14 de noviembre de 2023, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador mercantil VII de Madrid a practicar anotación preventiva de la solicitud de acta notarial de junta general.*

En el recurso interpuesto por doña M. F. R., en nombre y representación de la sociedad «Holding de Inversiones Favifam, S.L.U.», contra la negativa del registrador mercantil VII de Madrid, don Antonio Pillado Varela, a practicar anotación preventiva de la solicitud de acta notarial de junta general.

#### Hechos

##### I

Mediante instancia se solicitaba la anotación preventiva de la solicitud de acta notarial de la junta general de la sociedad «Grupo Aldesa, S.A.» que se había celebrado el día 6 de junio de 2023, en base a un correo electrónico que se envió al presidente del consejo de administración, el día 31 de mayo de 2023, y que fue contestado por éste el día 1 de junio de 2023 confirmando la presencia de notario en la junta.

##### II

Presentada el día 5 de julio de 2023 dicha instancia en el Registro Mercantil de Madrid, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Antonio Pillado Varela, Registrador Mercantil Mercantil [sic] de Madrid, previo el consiguiente examen y calificación, de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, he resuelto no practicar la inscripción solicitada conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho:

#### Hechos.

Diario/asiento: 3355/788.  
F. presentación: 5 de julio de 2023.  
Entrada: 1/2023/109732,0.  
Sociedad: Grupo Aldesa SA.  
Hoja: M-452290.  
Expedido por: Otros.

#### Fundamentos de Derecho (defectos).

– El precedente documento deberá presentarse para su anotación junto con el documento del requerimiento notarial dirigido a los administradores dentro del plazo legalmente establecido para dicha solicitud (artículo 104.1 RRM). No puede realizarse la completa calificación del documento, ya que se aporta una acta de notificación por fotocopia, conforme a los artículos 6 y 58 del RRM. Téngase en cuenta que en el precedente documento únicamente se legitima la firma de la apoderada doña M. F. R.

– Por otra parte, hay previamente presentado en este Registro documento, con el mismo contenido del precedente documento, presentado con el número de entrada 97.458/2023, cuyo asiento está vigente. Previamente debe desistirse del citado asiento de presentación (artículos 433 RH y 80 RRM).

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

Se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el Artículo 15 del R.R.M. contando la presente nota de calificación con la conformidad de los cotitulares del Registro.

Madrid, a catorce de julio de dos mil veintitrés. El Registrador que suscribe Antonio Pillado Varela.»

### III

Contra la anterior nota de calificación, doña M. F. R., en nombre y representación de la sociedad «Holding de Inversiones Favifam, S.L.U.», interpuso recurso el día 21 de agosto de 2023 en los siguientes términos:

«Digo:

I. Que el pasado 5 de julio de 2023 Favifam solicitó la anotación preventiva de la solicitud de acta notarial de Junta general, al amparo del artículo 104 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil (en adelante, el “Reglamento del Registro Mercantil” o “RRM”) en relación con una junta general extraordinaria de 6 de junio de 2023 de la sociedad Grupo Aldesa S.A.

II. Que, en fecha 20 de julio de 2023, se notificó a Favifam la resolución de “Notificación de suspensión de inscripción” (en adelante, “la Resolución”) dictada por el registrador mercantil de Madrid, don Antonio Pillado Varela, el 14 de julio de 2023, por la que se resuelve no poder realizar la completa calificación del documento presentado y, en consecuencia, no practicar la anotación preventiva de la solicitud de acta notarial (...)

III. Que, por medio del presente escrito, Favifam, en su condición de interesada en asegurar la anotación preventiva denegada en el presente expediente por medio de la Resolución dictada por el registrador mercantil de Madrid, el 14 de julio de 2023 y considerando que esta es contraria a Derecho, interpone recurso ante la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

IV. Que el presente recurso, que se interpone al amparo de lo dispuesto en los artículos 324 y siguientes del Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria (en adelante, “LH”), de acuerdo con lo indicado en la propia resolución y dentro del plazo conferido al efecto, se fundamenta en las siguientes:

Alegaciones.

Primera. Competencia y procedimiento.

1. (...)

12. Por tanto, deniega la solicitud de anotación preventiva de junta notarial por dos motivos distintos que se explican de forma sucinta pero suficiente para conocer los motivos del Registrador y poder plantear el presente recurso por estar esta parte disconforme con la misma.

13. En primer lugar, y principalmente, la Resolución resuelve que, de conformidad con el artículo 104 del RRM, la solicitud de anotación preventiva de la solicitud de acta notarial “deberá presentarse para su anotación junto con el documento del requerimiento notarial dirigido a los administradores dentro del plazo legalmente establecido para dicha solicitud (artículo 104.1 RRM)”. Añade además que no puede realizarse la completa calificación del documento, “ya que se aporta un acta de notificación por fotocopia, conforme a los artículos 6 y 58 del RRM” y que “únicamente se legitima la firma de la apoderada Doña M. F. R.”.

14. De este modo, el registrador mercantil entiende que el acta de requerimiento notarial –remitida por el accionista a la Sociedad– solicitando junta notarial constituye un elemento esencial para poder acceder a la anotación preventiva peticionada por Favifam.

15. No habiendo Favifam presentado el acta de requerimiento notarial, pues solicitó la celebración de junta notarial por medio de correo electrónico de 1 de junio de 2023 (el cual se aportó como documento núm. 5 de la solicitud de anotación preventiva) dirigido al Presidente del Consejo de Administración de Grupo Aldesa ex artículo 203 de la LSC, el registrador mercantil deniega la anotación preventiva solicitada.

16. En segundo lugar, la Resolución señala que “hay previamente presentado en este Registro documento, con el mismo contenido, del precedente documento” y que “previamente debe desistirse del citado asiento de presentación (artículos 433 RH y 80 RRM).

Séptima. La resolución del Registro Mercantil al exigir la aportación de requerimiento notarial para realizar la anotación preventiva está infringiendo el principio de jerarquía normativa haciendo prevalecer el Reglamento del Registro Mercantil sobre La ley de Sociedades de Capital.

17. Favifam no puede compartir la resolución dictada por el Registrador Mercantil por entender que la decisión adoptada es contraria a Derecho pues vulnera el principio de jerarquía normativa al condicionar la anotación preventiva solicitada al cumplimiento de un requisito formal que la Ley de Sociedades de Capital no establece y con ello, limitando las medidas legales establecidas en defensa de los derechos de los socios.

18. En virtud de esta Resolución, aquellos socios que requieran la presencia de notario para que levante acta de la junta general en cumplimiento de los requisitos establecidos por el artículo 203 de la LSC (esto es, al menos cinco días antes de del previsto para la celebración de la junta y que ostenten, como mínimo, el porcentaje de capital social que fija dicho precepto) verán denegada su solicitud de anotación preventiva de la solicitud de acta notarial si no hubieren requerido ésta por medio de requerimiento notarial dirigido a los administradores.

19. De este modo, se da la paradoja de que los administradores tienen el deber de solicitar la presencia de notario so pena de nulidad de la junta (artículo 203 LSC) sin necesidad de que sean requeridos notarialmente por el socio, pero para obtener una protección adicional y evitar calificaciones incorrectas de los Registradores por no haber tenido previamente conocimiento de la petición del socio, se impone por el registrador mercantil, apelando al RRM, un requisito formal adicional para obtener la inscripción que la Ley no contempla y que limita su efecto útil.

20. Dicho lo anterior, seguidamente, se analiza el principio de jerarquía normativa, el régimen legal vigente sobre la solicitud de junta notarial y los motivos por los que la Resolución dictada resulta contraria a este principio:

I. Sobre el principio de jerarquía normativa.

21. El artículo 9.3 de la Constitución Española (en adelante, “CE”), proclama que:

“La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.”

22. El artículo 1.1 y, en particular, el 1.2 del Código Civil, son claros al respecto, y disponen que:

“1. Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.

2. Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior.”

23. Por su parte, el artículo 128 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas relativo a la Potestad reglamentaria:

“2. Los reglamentos y disposiciones administrativas no podrán vulnerar la Constitución o las leyes ni regular aquellas materias que la Constitución o los Estatutos de Autonomía reconocen de la competencia de las Cortes Generales o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. Sin perjuicio de su función de desarrollo o colaboración con respecto a la ley, no podrán tipificar delitos, faltas o infracciones administrativas, establecer penas o sanciones, así como tributos, exacciones parafiscales u otras cargas o prestaciones personales o patrimoniales de carácter público.

3. Las disposiciones administrativas se ajustarán al orden de jerarquía que establezcan las leyes. Ninguna disposición administrativa podrá vulnerar los preceptos de otra de rango superior.”

24. Esta jerarquía se manifiesta en el doble poder que la norma superior ostenta sobre la inferior: (i) por un lado, la norma inferior tiene la prohibición de contradecir la letra de la norma superior; y, (ii) por otro, la norma superior no tiene el deber de respetar el tenor de la inferior.

25. Siguiendo a E.:

“El principio de jerarquía normativa es un principio estructural esencial para dotar al ordenamiento jurídico de seguridad jurídica. En su manifestación más general significa que existen diversas categorías de normas jurídicas, cada una con un rango determinado, y que las mismas se relacionan jerárquicamente entre sí, de tal manera que las de superior nivel o rango prevalecen, en caso de conflicto, sobre las de rango inferior, las cuales en ningún caso pueden contradecir a aquellas.

Las normas que ostentan el mismo rango poseen, como es natural la misma fuerza normativa y requieren una interpretación conjunta e integradora: ahora bien, en caso de contradicción insalvable, prevalecerá la posterior: ya que se entenderá que ha derogado a la anterior, esto es, que ha determinado su pérdida de vigencia –en todo o en parte– y consiguiente desaparición del ordenamiento jurídico.”

26. Del extracto anterior se desprenden dos ideas claras: (i) en caso de conflicto de normas de diferente rango, ha de prevalecer la de rango superior; y (ii) en caso de conflicto entre normas de igual rango, ha de prevalecer la posterior.

27. Como se verá en líneas subsiguientes, estas dos nociones comportan una relevancia capital para el objeto del presente recurso, toda vez que la Ley de Sociedades de Capital, ostenta tanto un rango jerárquico superior al Reglamento del Registro Mercantil, como, a meros efectos dialécticos, es una norma posterior.

28. Y es que, tal y como entiende B., “entre dos normas incompatibles prevalece la jerárquicamente superior”; y siguiendo a B., “[N]aturalmente, entre las leyes y los reglamentos la cuestión está resuelta: en tanto en cuanto pertenezcan al mismo ordenamiento, la relación entre unas y otros es rigurosamente jerárquica”.

II. Sobre el régimen legal vigente que permite al socio minoritario de una sociedad de capital solicitar junta notarial sin formalidades especiales.

29. El régimen legal vigente sobre la cuestión que aquí interesa viene regulado por el artículo 203 “Acta Notarial” de la Ley de Sociedades de Capital el cual establece un procedimiento ágil y carente de formalismos en garantía del socio minoritario de una sociedad de capital (ya sea limitada o anónima), permitiéndole solicitar la presencia de notario para que levante acta de la junta general.

30. Dicha norma, de rango legal, dispone literalmente que:

“Artículo 203. Acta notarial.

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.”

31. A tenor de lo dispuesto por el precepto anterior, son únicamente dos los requisitos que deberán concurrir para solicitar acta notarial: (i) que la solicitud se efectúe, al menos, cinco días antes de la fecha prevista para la celebración de la junta; y (ii) el/los socio/s que lo soliciten representen, al menos, el 1% o el 5% del capital social en la sociedad anónima y limitada, respectivamente.

32. La Ley no prevé pues ningún requisito adicional para que el socio pueda ejercer su derecho a solicitar la presencia de notario en la junta general y los tribunales de justicia no han restringido esta posibilidad en modo alguno.

33. Como complemento del anterior sistema de garantía legal, reglamentariamente se contempla la posibilidad de solicitar la anotación preventiva de la petición de junta notarial. Así, dispone el artículo 104 del Reglamento del Registro Mercantil que:

“Artículo 104. Anotación preventiva de la solicitud de acta notarial y de la publicación de un complemento a la convocatoria de una Junta.

1. A instancia de algún interesado deberá anotarse preventivamente la solicitud de levantamiento de acta notarial de la Junta por la minoría prevista por la Ley y de la publicación de un complemento a la convocatoria con inclusión de uno o más puntos del orden del día, que se regula en el artículo 97 de la Ley de Sociedades Anónimas.

La anotación se practicará, en el primer caso, en virtud del requerimiento notarial dirigido a los administradores y efectuado dentro del plazo legalmente establecido para dicha solicitud.

La anotación preventiva de la publicación de un complemento a la convocatoria de una Junta se practicará en virtud de la notificación fehaciente a que se refiere el párrafo 3 del artículo 97 de la Ley de Sociedades Anónimas.”

34. El anterior precepto establece que se deberá anotar preventivamente la solicitud de acta notarial de la junta general por la minoría prevista por la Ley, a la que expresamente se remite. No obstante, añade en su segundo párrafo un requisito formal no contemplado por la Ley de Sociedades de Capital: el requerimiento notarial solicitando junta notarial dirigido a los administradores. Y es precisamente la falta de acreditación de este requisito, reglamentariamente establecido y que contraviene la libertad de forma prevista por la Ley de Sociedades de Capital, el fundamento principal de la denegación de la petición de anotación preventiva.

III. Sobre la vulneración por parte del registrador mercantil del principio de jerarquía normativa al no hacer una interpretación conforme del reglamento en relación con el régimen legal teniendo en cuenta la naturaleza de la anotación preventiva que no tiene por finalidad causar estado como las inscripciones sino advertir de una realidad extra registral con potenciales efectos anulatorios de la junta convocada: el registrador hace

prevalecer el artículo 104 del RRM imponiendo el cumplimiento de un requisito no contemplado por el artículo 203 de la LSC.

35. La decisión del registrador mercantil encuentra su fundamento último en el referido artículo 104.1 del Reglamento del Reglamento Mercantil, cuyo apartado primero dispone lo siguiente:

“A instancia de algún interesado deberá anotarse preventivamente la solicitud de levantamiento de acta notarial de la Junta por la minoría prevista por la Ley y de la publicación de un complemento a la convocatoria con la inclusión de uno o más puntos del orden del día, que se regula en el artículo 97 de la Ley de Sociedades Anónimas.

La anotación se practicará, en el primer caso, en virtud del requerimiento notarial dirigido a los administradores y efectuado dentro del plazo legalmente establecido para dicha solicitud.

La anotación preventiva de la publicación de un complemento a la convocatoria de una Junta se practicará en virtud de la notificación fehaciente a que se refiere el párrafo 3 del artículo 97 de la Ley de Sociedades Anónimas.”

36. A los efectos del presente recurso, en primer lugar, cabe destacar que el extractado es un precepto manifiestamente obsoleto, pues remite a una Ley, el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (en adelante, “LSA”), que lleva desde el 1 de septiembre de 2010 derogadas.

37. En segundo lugar, se debe tener en cuenta que la norma reglamentaria que sirve de fundamento a la decisión adoptada se remite a una norma, la Ley de Sociedades de Capital, que hoy no exige tal requerimiento y prevé libertad de forma en su solicitud de junta notarial. Así el actual 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.”

38. De esta forma, y tal y como se comprueba sin dificultad de la lectura del precepto extractado que la vigente LSC no imponen a los socios formalismo alguno en la solicitud de acta notarial. Existe pues plena libertad de forma en la solicitud de la presencia de notario en la junta general que, a elección del socio, podrá o no realizarse mediante requerimiento notarial. El requerimiento notarial, en realidad, es sólo una de las múltiples formas que existen para efectuar tal solicitud.

39. En este sentido, debemos recordar la jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras la reciente Sala tercera en sentencia 245/2022 de 28 febrero (...)) sobre los reglamentos de desarrollo y el principio de jerarquía señala:

“Debe recordarse, a tal efecto, que el objetivo de todo desarrollo reglamentario no es otro que complementar lo establecido en la Ley. Es decir, el reglamento no puede limitarse a repetir lo establecido en la norma de rango legal, sino que se tarea es desarrollar lo establecido en la misma, completando los aspectos necesarios para la correcta aplicación de lo dispuesto en la Ley. Es perfectamente normal y conforme a la ley un cierto contenido innovador siempre que haya habilitación al respecto. Y así lo ha declarado el Tribunal Supremo en sus STS de 22 de junio de 2004 (...), 18 de noviembre de 2005 (...), 9 de julio de 2018 (...), 23 de febrero de 2010 (...) ha sostenido que ‘(...) el reglamento ejecutivo, como complemento indispensable de la ley, puede explicitar reglas que en la Ley estén simplemente enunciadas y puede aclarar preceptos de la misma que sean imprecisos, de suerte que el Reglamento puede ir más allá de ser puro ejecutor de

la Ley, a condición de que el comportamiento de la Administración sea acorde con la Constitución y con el resto del ordenamiento jurídico en los términos explicados.”

40. Resulta bastante evidente que una cosa es aclarar conceptos indeterminados e inciertos facilitando la aplicación de la norma legal y otra bien distinta crear requisitos no establecidos en la norma y que limitan su efecto útil.

41. Por consiguiente, puede afirmarse que el requerimiento notarial exigido por el artículo 104.1 del Reglamento del Registro Mercantil vulnera el artículo 203.1 LSC, que permite la libertad de forma en la solicitud de los socios a los administradores a efectos del requerimiento notarial, lo que inexorablemente entraña que, habida cuenta del rango de Ley de la LSC y del rango de Reglamento del Registro Mercantil, la negativa del registrador mercantil a practicar la anotación preventiva haciendo una interpretación conforme de la norma reglamentaria a la Ley vulnera el principio de jerarquía normativa, debe ser revertida.

IV. Precedentes de situaciones semejantes en relación con la contradicción de las normas del RRM con las Leyes de aplicación: inaplicación de la norma reglamentaria.

42. Esta conclusión, además, ha sido compartida tanto por la jurisprudencia como por esta Dirección General, que, en supuestos de conflicto de normas de distinto rango, han aplicado el principio de jerarquía normativa para fallar conforme a la norma con rango de Ley.

43. De hecho, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en su sentencia 138/2009, de 6 de marzo (...), ante un supuesto de hecho en el que colisionaba la ya derogada Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (en adelante, “LSRL”), con el Reglamento del Registro Mercantil, afirmó que éste último, dado su rango en el seno de nuestro ordenamiento, no puede ser determinante, supeditándolo en consecuencia tanto a la LSRL como a los estatutos sociales:

“La rotundidad del artículo 191 del Reglamento del Registro Mercantil no puede ser determinante dado el rango que la norma ocupa en nuestro ordenamiento, regido por el principio de jerarquía normativa –artículos 9, apartado 3, de la Constitución Española y 1, apartado 2, del Código Civil–. Además, dicha norma es interpretada por la Dirección General de los Registros y del Notariado como meramente excluyente de la aplicación supletoria del régimen de representación proporcional propio de las sociedades de responsabilidad anónimas –resoluciones de 17 de marzo de 1.995 y 11 de octubre de 2008–. (...)”

Por lo demás, sería paradójico que el deseo del legislador de evitar ‘el eventual conflicto entre socios o grupos de socios alcance a un órgano en el que, por estrictas razones de eficacia, es aconsejable cierto grado de homogeneidad’, inspirase la declaración de nulidad de un precepto estatutario que los socios, puestos todos de acuerdo –fuera y dentro de los órganos sociales–, pactaron como la mejor solución para evitar los conflictos entre ellos. En conclusión, puesto que el precepto estatutario no contiene ninguna otra regla que se pueda considerar incompatible con la ley o los principios configuradores de la sociedad de responsabilidad limitada, procede la estimación del motivo, si bien no con la extensión pretendida por los recurrentes, por las razones que se exponen seguidamente.”

44. En este mismo sentido se ha vuelto a pronunciar la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en su reciente Resolución de 28 de marzo de 2022 (BOE n.º 93, de 19 de abril de 2022), que, acogiendo y citando expresamente la ratio decidendi de la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 138/2009 supra, en virtud del principio de jerarquía normativa vuelve a declarar la primacía de la Ley y los estatutos respecto del Reglamento, pues el “(...) Reglamento del Registro Mercantil no puede ser determinante dado el rango que la norma ocupa en nuestro ordenamiento, regido por el criterio de jerarquía normativa (...)”.

45. La Sala 3.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo, en su sentencia 571/2001, de 31 de enero (...), también tuvo ocasión de pronunciarse específicamente sobre la aplicación del principio constitucional de jerarquía normativa y su incidencia en la relación existente entre la LH y el Decreto de 14 de febrero de 1947 por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario.

46. En particular, el Alto Tribunal afirmó que:

“La coherencia y armonía de un sistema jurídico permite diferentes significantes siempre que no se altere el significado del signo jurídico, y sin que el factor tiempo, que impulsa el cambio y la evolución de éste, justifique que la transformación se produzca a través de un método inadecuado, como podría ser la vía reglamentaria *praeter aut contra legem*, pues, de procederse así, se derrumbarían principios en los que el propio sistema se asienta, cual son los de legalidad, jerarquía normativa y seguridad jurídica, proclamados en el artículo 9 de la Constitución, que requieren que el ejercicio de la potestad reglamentaria respete la Constitución y las leyes ( artículo 97 de la propia Constitución) (...)

(...) un carácter meramente técnico (...) no presupone laxitud en el estricto respeto de los aludidos principios básicos del sistema jurídico, teniendo en cuenta, además, que gran parte de los preceptos de la Ley Hipotecaria tienen ese mismo carácter.

Aun cuando la reforma del Reglamento Hipotecario pretenda dar respuesta a las necesidades del tráfico inmobiliario actual y a otras realidades extraregistrales, lo cierto es que no puede efectuarse en contra o al margen de la Ley Hipotecaria, el Código civil o cualquier otra disposición con rango de ley, pues el cometido de desarrollo y colaboración propio del Reglamento no puede alcanzarse a costa de aquellos principios, a pesar de que la Ley pueda contener elementos alógicos insalvables mediante la interpretación, lo que, en tal caso, justificaría su sustitución por vía parlamentaria y no reglamentaria.”

47. El pronunciamiento recién extractado arroja luz sobre un aspecto de relevancia: la labor de desarrollo y colaboración del Reglamento para con la Ley; si bien, como destaca el Tribunal Supremo, estos objetivos no pueden perseguirse en vulneración del principio de jerarquía normativa, cuyo respeto se exige en todo caso.

48. Por otro lado, la reciente sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Toledo, 40/2022, de 15 de julio de 2022 (...), al dirimir un conflicto entre el tenor de la Ley Concursal y el del Reglamento del Registro Mercantil, también aplicó el principio de jerarquía normativa para declarar que la letra de la Ley Concursal había de primar sobre el Reglamento.

49. En palabras de la sentencia:

“Al tenor de este último precepto, contenido en una norma de rango legal, se concluye que no resulta aplicable al auditor el plazo máximo de un mes que para el experto independiente contempla el artículo 345 RRM para –susceptible de prórroga–, siendo inconciliable el plazo mínimo de un mes que para la emisión del informe del auditor contempla el artículo 270 TRLC con el plazo máximo de un mes –sin perjuicio de prórroga por el registrador– que refiere el artículo 345 RRM, debiendo atenderse al principio de jerarquía normativa establecido en el artículo 1.2 del Código Civil.”

50. Conviene incidir en que el asunto enjuiciado guarda una gran conexión con el caso que nos ocupa, toda vez que el problema jurídico de fondo es análogo: el tenor del Reglamento es irreconciliable con el de la Ley; conflicto que, tal y como ha afirmado el Juzgado, debe resolverse atendiendo al principio de jerarquía normativa y otorgando a la Ley la primacía que conforme a Derecho le corresponde.

51. En adición a lo anterior, no solo la jurisprudencia se ha pronunciado respecto de la aplicación del principio de jerarquía normativa. Como se ha visto, también la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, anteriormente la Dirección General de los

Registros y el Notariado, ha tenido ocasión de declarar la primacía de las normas superiores jerárquicas en virtud del principio de jerarquía normativa.

52. Así, en la Resolución de 19 de julio de 2017 (BOE n.º 196, de 17 de agosto de 2017), la Dirección General, ante la exigencia de requisitos contradictorios entre la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, y el RH, afirmó que:

“Es cierto que con relación a los expedientes de dominio, el Reglamento Hipotecario tan sólo preceptúa que también podrán inscribirse los excesos de cabida en virtud de expediente de dominio conforme a lo previsto en la Ley Hipotecaria y en este Reglamento, o en virtud del acta de presencia y notoriedad regulada en la legislación citada anteriormente sobre referencia catastral, pero sin exigir expresamente la certificación catastral descriptiva y gráfica. Pero la superior jerarquía normativa de la Ley 13/1996 y la propia consideración por el Reglamento de los excesos de cabida superiores a la quinta parte de la cabida inscrita como supuestos análogos a la inmatriculación (al considerarlos sólo como rectificación de superficie cuando son inferiores a la quinta parte de la cabida inscrita), en los que sí es exigida expresamente la certificación catastral, debe concluirse la necesidad de su aportación en aquéllos supuestos –como ocurre en el caso de este expediente– en el que el exceso de cabida que se pretende exceda de la quinta parte de la cabida inscrita’. Y conforme a ese criterio, y dada la magnitud de la diferencia entre la superficie de suelo expresada en la certificación catastral (267 metros cuadrados) y la declarada en el auto judicial (tan sólo 219 metros cuadrados), procede confirmar el primer defecto de la nota de calificación.”

53. Una vez más se comprueba como la norma con rango de Ley, en virtud del principio de jerarquía normativa, debe primar respecto del Reglamento.

54. En conclusión, la calificación recurrida debe ser revocada por haber incurrido en una palmaria contravención del principio de jerarquía normativa.

Octavo. Sobre el sentido de la notificación fehaciente. Según la más reciente posición de los tribunales y la aportación de pruebas al registrador de que la solicitud había sido realizada válidamente y recibida por la sociedad reconociendo el derecho de esta parte. No era posible albergar duda de la corrección de la solicitud realizada y la necesidad de realizar la anotación.

55. Los Tribunales han aclarado la finalidad de los requerimientos fehacientes que establece la Ley de Sociedades de Capital en algunos casos y como debe ser interpretada ésta. La cita de esta sentencia se hace ya que, aunque se trata de un supuesto diferente (complemento de convocatoria) si permite hacer una interpretación correctora del citado precepto reglamentario (artículo 104 RRM).

56. Así la reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 347/2023, de 21 de abril de 2023, en un supuesto en el que consideró válida la solicitud de complemento de convocatoria por medio de correo electrónico, entendiéndose de este modo cumplido el requisito de notificación fehaciente contemplado por el artículo 172.1 de la LSC, dada la finalidad de la norma:

“Es importante entender que la finalidad de la norma del artículo 172.1 TRLSC, sobre la exigencia formal de la fehaciencia en la notificación por la que se pide por la minoría del capital social a la sociedad el complemento de convocatoria, es permitir una seguridad en ésta de quién requiere el complemento y cuál es su contenido, como para tomar una decisión bien fundada en proceder, o denegar en su caso, al trámite de anuncio o publicación de dicho complemento, como ampliación del orden del día propuesto para la junta, lo que conlleva una extensión en el marco del debate y adopción de acuerdos de esa junta y de la posibilidad de ejercicios complementarios a ello, como el de información.

(...) desde la perspectiva de la finalidad de la norma del artículo 172.1 TRLSC, el medio de comunicación empleado por Florencia para hacer llegar la petición de complemento de convocatoria revelaba objetivamente a El Enebro SA cuál era la procedencia de la petición, la socia que lo ejercitaba, el contenido del complemento pedido y la fecha en la que se ejercitaba. Y, además, se lo revelaba con plena seguridad para esa sociedad, ya que, en numerosas ocasiones, desde al menos dos años antes, El Enebro SA recibía y daba por buenas solicitudes de información y comunicaciones llegadas desde la misma dirección de correo electrónico, siempre a cargo de Florencia, y las atendía por ese mismo cauce. También la propia sociedad El Enebro SA utilizaba dicho medio y dirección para contactar con Florencia, ya fuera de motu proprio, y para atender el derecho de información ejercitada por esa socia. En dichos términos, ha de predicarse que El Enebro SA, en este caso, tuvo la seguridad sobre el origen de la petición, en su contenido y en su fecha de ejercicio, que exige el fin de la norma del artículo 172.1 TRLSC al referirse a la forma fehaciente de notificación.” (...)

57. De este modo, consta en la solicitud de la anotación preventiva que mediante comunicación de 5 de mayo de 2023, el órgano de administración de Grupo Aldesa, S.A. convocó a los accionistas a una junta general para su celebración el 6 de junio de 2023 y esta se remitió al correo de mi mandante (Se acompañó como Documento número 3 copia de dicha convocatoria en la solicitud de anotación). Se debe destacar que en la convocatoria se indicaba que el acta iba a ser extendida por un notario.

58. No obstante lo anterior, por medio de correo electrónico de 31 de mayo de 2023, Favifam en su condición de accionista, se dirigió al Presidente del consejo de administración para solicitar que el acta de la junta general fuera notarial (art. 203 de la LSC) y el mismo el Presidente del consejo de administración contestó por medio de correo electrónico de 1 de junio de 2023 limitándose a confirmar la presencia de un notario para levantar acta de la Junta.

Estos documentos se aportaron como Documentos número 4 y 5 en la solicitud de anotación preventiva (...)

59. Aplicando la doctrina señalada en la citada sentencia Grupo Aldesa “tuvo la seguridad sobre el origen de la petición, en su contenido y en su fecha de ejercicio, que exige el fin de la norma del art. 172.1 TRLSC al referirse a la forma fehaciente de notificación.” (...)” y, por tanto, la finalidad de la “fehaciencia” en el requerimiento queda plenamente cumplida, sin necesidad de formalidades adicionales. Siendo esto aplicable a una norma de rango legal y, donde las consecuencias de su infracción es la nulidad, cuanto más será aplicable a una norma reglamentaria que disciplina un expediente (anotación preventiva) que no tiene la finalidad de causar estado definitivo sino simplemente advertir de algo respecto de lo que nadie duda.

60. De nuevo, incluso, entendiendo la validez del precepto reglamentario, en este caso, concurrirían todos los requisitos para poder proceder a la anotación preventiva solicitada al existir certeza de todos los requisitos materiales exigidos por la norma.

Novena. Los otros motivos de la resolución objeto de recurso tampoco avalan la decisión del registrador Mercantil

61. Adicionalmente, resulta preciso hacer expresa mención de tres motivos adicionales invocados por el registrador mercantil en la Resolución recurrida, los cuales Favifam no puede compartir.

a) La Resolución afirma que no puede realizarse la completa calificación del documento por cuanto se aporta un acta de notificación por copia.

62. La Resolución justifica la imposibilidad de calificar la solicitud efectuada por Favifam por cuanto “se aporta un acta de notificación por copia”, sin expresar a qué documento se refiere.

63. Este fundamento tampoco puede ser compartido por Favifam.

64. Así, entre la documentación presentada junto con la solicitud de anotación preventiva de junta notarial, no consta ningún acta de notificación aportada.

65. Favifam no presentó ningún documento de esa naturaleza, sino que acreditó la solicitud de junta notarial efectuada y el cumplimiento de los requisitos del artículo 203 de la LSC, mediante la aportación del correo electrónico de 1 de junio de 2023, remitido por el accionista al Presidente del Consejo de Administración (vid. documento núm. 5 de la solicitud). Y ello por cuanto, existiendo libertad de forma en la solicitud de junta notarial, Favifam solicitó la presencia de notario en la junta general extraordinaria de 6 de junio de 2023 mediante correo electrónico, sin mediar acta notarial de notificación alguna.

66. No obstante, y haciendo un esfuerzo interpretativo de lo dispuesto en la Resolución recurrida, el registrador mercantil podría referirse al documento número 6 de la solicitud, consistente en la intervención realizada por Favifam en la celebración de la junta general extraordinaria de 6 de junio de 2023, en relación con el requerimiento al notario, que se aportó de forma individual, sin acompañar el acta notarial de la junta celebrada.

67. De ser ello así, Favifam tampoco podría compartir la conclusión alcanzada por el registrador mercantil, por cuanto (i) la falta de aportación del acta de la junta en la que se realizó dicha intervención sería, en todo caso, un defecto subsanable; y, además, (ii) la intervención aportada no tenía por objeto la acreditación de la solicitud de junta notarial por parte de Favifam, la cual se prueba por medio del requerimiento efectuado por correo electrónico (...)

68. En consecuencia, la falta de aportación del acta notarial de la junta de 6 de junio de 2023 no sólo sería un defecto subsanable, sino que no afectaría al cumplimiento de los requisitos para la solicitud de anotación preventiva de junta notarial.

b) La Resolución reprocha que en la solicitud de anotación preventiva de junta notarial únicamente se legitima la firma de doña M. F. R., apoderada de Favifam.

69. La Resolución reprocha que “en la solicitud únicamente se legitima la firma de la apoderada doña M. F. R.”, dando a entender así que la legitimación de la firma de la apoderada de Favifam resultaría insuficiente y que se debería haber legitimado otra/s firma/s adicional/es.

70. En primer lugar, la Resolución no desarrolla este motivo, sino que se limita a señalar la supuesta insuficiencia de la legitimación de la firma de la Sra. F., sin expresar qué otra/s firma/s debería/n haberse legitimado a su entender. Y, analizado el motivo, esta parte no acierta a comprender qué firma/s debería/n entender el registrador mercantil que deberían haberse legitimado, además de la de la representante de Favifam, doña M. F. R.

71. A juicio de esta parte, la única firma –legitimada o no– que debía constar en la solicitud es la suya, en su condición de representante legal de la parte solicitante.

72. En segundo lugar, Favifam no puede compartir el motivo anterior, el cual carece de entidad para poder justificar la decisión adoptada.

73. En este sentido, debe recordarse que ni la Ley de Sociedades de Capital ni el Reglamento del Registro Mercantil ni ninguna otra norma que pudiera resultar de aplicación establecen la necesidad de legitimación de la firma del representante legal de la sociedad solicitante de la anotación preventiva de junta notarial.

74. Doña M. F. R., como representante legal de Favifam, legitimó su firma por propia voluntad, sin que dicha legitimación responda a una exigencia legal. Y, habiéndose acreditado debidamente (...) su condición de representante legal de Favifam, la legitimación o no de su firma carece de trascendencia a los efectos de calificación de la solicitud presentada.

75. En consecuencia, la solicitud de anotación preventiva de junta notarial, a los efectos de lo dispuesto en el Reglamento del Registro Mercantil, cumple con todos los requisitos.

c) La Resolución afirma la existencia de un expediente previo en curso con el mismo objeto.

76. La Resolución afirma la existencia de la solicitud de anotación preventiva de junta notarial núm. 97.458/2023, presentada previamente y de la que se debería haber desistido.

77. No obstante, dicha afirmación obedece a un error, pues el expediente al que se hace referencia, como consta en la nota simple expedida el 4 de julio de 2023 por parte del Registro Mercantil de Madrid, ya había sido retirado y el importe de la provisión efectuada por Favifam devuelto por el Registro Mercantil (...)

78. En consecuencia, no existiendo ningún expediente previo en curso con el mismo objeto al tiempo de dictar la Resolución recurrida, nada impedía al registrador mercantil calificar la solicitud de anotación preventiva de junta notarial vigente, siendo esta la única pendiente de ser resuelta.

Por todo lo anterior y en su virtud,

Solicito a la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública que, teniendo por presentado en tiempo y forma este recurso contra la resolución del registrador mercantil de Madrid, don Antonio Pillado Varela, el 14 de julio de 2023, dictada en el expediente 1/2023/109732,0 sobre solicitud de anotación preventiva de petición de acta notarial de junta general, se sirva admitirlo y, previa tramitación del expediente, dicte la correspondiente resolución atendiendo a la petición de quien suscribe, revocando la decisión de no practicar la anotación solicitada y ordenando que se practique la misma.»

#### IV

Don Miguel de Seoane de la Parra, registrador Mercantil XIV de Madrid, mantuvo la calificación recurrida y formó el oportuno expediente que elevó a esta Dirección General el día 31 de agosto de 2023.

#### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 172 y 203 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital; 97 y 114 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas; 55 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada; 104 del Reglamento del Registro Mercantil; las Sentencias del Tribunal Supremo número 696/2016, de 24 de noviembre, y 561/2022, de 12 de julio; la sentencia número 347/2023, de 21 de abril, de la Sección Vigésimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de noviembre de 1999, 28 de julio de 2011, 28 de junio y 7 de noviembre de 2013 y 31 de enero de 2018, y las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 17 de mayo de 2021, 8 y 9 de febrero, 28 de marzo y 4 de julio de 2022 y 11 de enero, 1 de marzo, 30 de mayo y 11 de octubre de 2023.

1. El objeto del presente recurso consiste en determinar, si para hacer constar en el Registro Mercantil la solicitud de los socios minoritarios de requerir la presencia de notario para que levante acta de la junta general, prevista en el artículo 203 de la Ley de Sociedades de Capital, es necesario presentar el requerimiento notarial dirigido a los administradores dentro del plazo legalmente establecido, conforme al artículo 104.1 del del Reglamento del Registro Mercantil.

2. Esta Dirección General ha ido elaborando una doctrina consolidada sobre los efectos que produce dicha solicitud por los socios minoritarios, plasmada entre otras en las Resoluciones de 13 de noviembre de 1999, 28 de junio de 2013, 28 de julio de 2014, 31 de enero de 2018, 8 y 9 de febrero, 28 de marzo y 4 de julio de 2022 y 1 de marzo y 11 de octubre de 2023:

«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.

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, 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”.

3. El problema que se plantea en el presente recurso es si para hacer constar en el Registro Mercantil dicha solicitud es necesario que, conforme al artículo 104.1 del Reglamento del Registro Mercantil, se haya realizado «en virtud del requerimiento notarial dirigido a los administradores y efectuado dentro del plazo legalmente establecido para dicha solicitud».

El artículo 104.1 del del Reglamento del Registro Mercantil establece: «A instancia de algún interesado deberá anotarse previamente la solicitud de levantamiento de acta notarial de junta por la minoría prevista por la Ley y de la publicación de un complemento a la convocatoria con inclusión de uno o más puntos del orden del día, que se regula en el artículo 97 de la Ley de Sociedades Anónimas. La anotación se practicará, en primer caso, en virtud de requerimiento notarial dirigido a los administradores y efectuado dentro del plazo legalmente establecido para dicha solicitud. La anotación preventiva de la publicación de un complemento a la convocatoria de una junta se practicará en virtud

de notificación fehaciente a que se refiere el párrafo 3 del artículo 97 de la Ley de Sociedades Anónimas».

4. Centrada así la cuestión, debe entenderse que conforme al artículo 203 de la Ley de Sociedades de Capital la solicitud realizada por los socios al órgano de administración de la presencia de notario para levantar la específica acta notarial de junta no requiere ninguna formalidad específica, si bien pudiera ser aconsejable la utilización de medios que prueben dicho hecho. Una vez realizada dicha solicitud, que como se ha dicho no exige ninguna forma específica, los acuerdos sólo serán eficaces si constan en dicha acta notarial, como recuerda el último inciso del artículo 203 de la Ley de Sociedades de Capital.

Sin embargo, es el artículo 104 del Reglamento del Registro Mercantil el que regula la concreta anotación preventiva en el Registro Mercantil de esa solicitud.

Esta concreta anotación preventiva no se encuentra regulada, ni mencionada, en el artículo 203 de la Ley de Sociedades de Capital, sino en el expresado artículo 104 del Reglamento del Registro Mercantil.

El artículo 104 del Reglamento del Registro Mercantil exige, como requisito formal específico, que dicha anotación preventiva «(...) se practicará, en primer caso, en virtud de requerimiento notarial dirigido a los administradores y efectuado dentro del plazo legalmente establecido para dicha solicitud».

En consecuencia, no debe confundirse la solicitud dirigida al órgano de administración, que no exige ningún requisito formal específico, de la anotación preventiva de esa solicitud en cuyo caso sí es exigible que la indicada solicitud se verifique en virtud de requerimiento notarial dirigido a los administradores.

Por ello, el primer defecto debe ser confirmado.

5. Respecto del resto de defectos alegados por el registrador.

Señala el registrador «no puede realizarse la completa calificación del documento, ya que se aporta una acta de notificación por fotocopia, conforme a los artículos 6 y 58 del RRM».

Este defecto es accesorio al defecto principal, de tal forma que confirmado el primer defecto también debe ser confirmado este defecto en el sentido de que lo que debe aportarse es el acta notarial de requerimiento al órgano de administración solicitando la presencia de un notario al objeto de que levante la correspondiente acta notarial de la junta.

Añade el registrador que «(...) únicamente se legitima la firma de la apoderada». Evidentemente si lo que se hubiera presentado fuera el acta notarial de requerimiento hubiese bastado con esa firma legitimada o ratificada ante el registrador. Al no haberse presentado el acta notarial de requerimiento, el defecto referente a que sólo está legitimada la firma del solicitante debe igualmente ser confirmado, en el sentido de que se ha confirmado el defecto principal.

6. El segundo defecto, señala que hay presentado previamente otro documento, con el mismo contenido.

La recurrente alega que ella misma es el presentante de ese documento, que lo ha retirado y le han devuelto la provisión.

La recurrente confunde los términos retirar y desistir, ya que en el primero subsiste la vigencia del asiento de presentación y en el segundo se practica la cancelación anticipada del mismo.

Este defecto es fácilmente subsanable, pues basta que la interesada desista del anterior asiento de presentación.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación.

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, 14 de noviembre de 2023.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.