

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**13683** *Resolución de 7 de julio de 2011, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por el notario de Madrid, contra la negativa del registrador mercantil y de bienes muebles II de Madrid, a inscribir una escritura de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada.*

En el recurso interpuesto por el notario de Madrid, don Ignacio Maldonado Ramos, contra la negativa del registrador Mercantil y de Bienes Muebles II de Madrid, don Manuel Casero Mejías, a inscribir una escritura de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada.

#### Hechos

##### I

Mediante escritura autorizada por el notario de Madrid, don Ignacio Maldonado Ramos, el 9 de marzo de 2011, se constituyó una sociedad de responsabilidad limitada con la particularidad de que el único otorgante interviene en su propio nombre y derecho y, además, como administrador único, de otra sociedad. El capital social es de 30.000 euros, que se desembolsa mediante aportaciones dinerarias. Además, se designa como administrador único al mismo compareciente.

En el artículo 9 de los estatutos de la sociedad constituida se dispone lo siguiente: «... Junta General.–Disposición general. Los socios reunidos en Junta General, decidirán por las mayorías que a continuación se establecen, en los asuntos propios de la competencia de la Junta; todos los socios, incluso los disidentes y los que no hayan participado en la reunión, quedan sometidos a los acuerdos de la Junta General. 1.–Principio mayoritario.–Los acuerdos sociales se adoptarán por mayoría de los votos válidamente emitidos, siempre que representen al menos la mayoría simple de los votos correspondientes a las participaciones sociales en que se divida el capital social, no computándose los votos en blanco. Dentro de los acuerdos que la Junta podrá adoptar por mayoría simple se encuentran, entre otros: la aprobación de cuentas del ejercicio anterior y de presupuestos del año anterior e inversiones superiores a seis mil euros, y la modificación de salarios de socios. Por excepción a lo dispuesto anteriormente, se requerirá el voto favorable de al menos el sesenta por ciento de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social para lo siguiente: –Ampliar el capital de la compañía. –Dar entrada de nuevos socios. –El cambio del reparto de dividendos. –Y cualquier acto que implique la modificación de estatutos. Cada participación social concede a su titular el derecho a emitir un voto... 2.–Competencia de la Junta General...».

##### II

Presentada copia autorizada de dicha escritura en el Registro Mercantil de Madrid, fue objeto de la calificación negativa que a continuación se transcribe en lo pertinente:

«... Manuel Casero Mejías, Registrador Mercantil 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 y habiéndose dado cumplimiento a lo dispuesto en

el artículo 15.2 de dicho Reglamento, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho:

Hechos: Diario...

Fundamentos de Derecho (defectos)

1. Al comparecer don A. S. L. B. en su propio nombre y en representación de una sociedad, se produce una colisión de intereses que solo puede ser salvada a través del acuerdo de la Junta General de la sociedad representada (Resoluciones de 9 de mayo de 1978 y 14 de mayo de 1998).

–Artículo 9: Los quórum que establece vulneran el artículo 199 de la Ley de sociedades de capital que establece para determinados acuerdos unos quórum superiores que no pueden rebajarse por los estatutos: Así todos los previstos en el apartado b del citado artículo 199.

Son defectos subsanables.

Sin perjuicio de proceder a la subsanación de los defectos anteriores y a obtener la inscripción del documento, en relación con la presente calificación:

- A) Puede instarse la aplicación del cuadro de sustituciones...
- B) Madrid, a 15 de Marzo de 2011.»

### III

La misma escritura fue presentada nuevamente, el 25 de marzo de 2011, con una diligencia extendida por el notario autorizante ese mismo día en la que se subsanaban los defectos a que se refería la nota de calificación. En concreto, se acompaña un acuerdo de junta general facultando expresamente al administrador de la sociedad fundadora a comparecer en la escritura; y en cuanto al artículo nueve de los estatutos, se añadió, al final del número «1.–» antes transcrito, el siguiente párrafo: «Lo dispuesto anteriormente no se extenderá a todos aquellos supuestos en los que la Ley de Sociedades e Capital establezca quórum superiores que no puedan rebajarse en estatutos».

### IV

Con fecha 15 de abril de 2011, el notario autorizante de la escritura interpuso recurso contra la calificación emitida en fecha 15 de marzo del mismo año, alegando, en síntesis, lo siguiente:

1. En cuanto al primer defecto de la nota:

a) Que en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que citaba la nota de calificación no se declara la imposibilidad o nulidad de todos los actos realizados por un representante que pudieran implicar conflicto de intereses con el representado, sino que se parte de la base de que tales actos son plenamente viables si éste último «asume el riesgo o las facultades conferidas son tan precisas que lo excluyen». Trasladando esa doctrina al caso objeto del recurso, la estimaba aplicable, toda vez que el representante al que se le reprocha actuar ante conflicto de intereses no es apoderado del constituyente sino su administrador social, un caso de representación orgánica en el que no es posible investigar los términos de la representación conferida, al venir su contenido determinado directamente por la Ley (citaba los artículos 209, 233 y 234 de la Ley de Sociedades de Capital, y 185.6 del Reglamento del Registro Mercantil).

b) Que, en consecuencia, la elección de un determinada persona como administrador implica en quienes lo han nombrado el previo y completo conocimiento de dicho ámbito de actuación y si bien pueden sobrevenir casos de conflictos de intereses entre administrador y sociedad, el legislador lo había previsto, estableciendo un sistema de prevenciones o garantías para proteger el interés social, tales como la prohibición de utilizar el nombre de la sociedad, de aprovecharse de oportunidades de negocio o de entrar en competencia con ella (artículos 227, 228 y 230 de la Ley de Sociedades de

Capital) o la obligación de comunicar los casos de conflicto de intereses o participación en otras entidades y abstenerse de intervenir, en su caso (artículo 231 de la Ley de Sociedades de Capital), pudiendo incluso llegar a ser cesado por acuerdo de la junta si tuviese intereses contrapuestos a los de la sociedad (artículo 224.3 de la Ley de Sociedades de Capital).

c) Que podría plantearse si el acto de constitución de una sociedad es algo incluido, «per se», en las funciones de un administrador, pero tal cuestión no se había planteado en la nota, si bien la solución había de ser afirmativa, siendo además práctica habitual en el mundo de los negocios societarios.

2. En cuanto al segundo defecto de la nota de calificación:

a) Que para aceptarlo como tal, sería preciso atribuir a los socios una voluntad transgresora de las disposiciones legales, si bien en el caso que motiva el recurso tal situación no se daba, puesto que el primero de los artículos de los estatutos proclamaba el respeto a las disposiciones legales aplicables, incluyendo obviamente las de contenido imperativo, tales como los quórum reforzados del artículo 199 letra b de la Ley de Sociedades de Capital, lo que venía avalado en la propia dicción del artículo 9 de los estatutos, al no mencionar ninguno de los supuestos para los que la Ley exigía una mayoría superior.

b) Que había que entender que en los casos en que la Ley haya prohibido la modificación de ciertos porcentajes al efecto previsto en la misma, la voluntad de los constituyentes es concorde en que están automáticamente excepcionados de la normativa estatutaria, sin necesidad de declaración expresa; y tampoco puede alegarse la necesidad de proteger el interés de los terceros para negar la inscripción, ya que por encima de la voluntad de los fundadores está la normativa legal, siendo las disposiciones imperativas preferentes a cualquier pacto.

## V

Mediante escrito de 20 de abril de 2011, el registrador Mercantil, don Manuel Casero Mejías, elevó el expediente, con su informe, a esta Dirección General, en la que causó entrada el día 27 de abril. En dicho informe pone de manifiesto que la sociedad había quedado inscrita tras la subsanación que practicó el Notario, por lo que el presente recurso se encuadraba en el artículo 325 de la Ley Hipotecaria, entre los llamados «a efectos doctrinales». Asimismo, realizaba una serie de valoraciones sobre la relevancia y utilidad actual del citado recurso, al tiempo que solicitaba que, caso de emitirse resolución por este Centro Directivo, en el texto publicado en el Boletín Oficial del Estado figurara un resumen de los argumentos contenidos en el informe en defensa de su nota.

### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 6, 18, 19 bis, 22, 66, 322, 325, 326 y 327 de la Ley Hipotecaria; 199 de la Ley de Sociedades de Capital; 18 del Código de Comercio; la disposición vigésima cuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social; la Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2000 (Sala Tercera) y 12 de junio y 29 de noviembre de 2001 (Sala Primera); y las Resoluciones de esta Dirección General de 3 de julio de 1936, 9 de marzo de 1943, 9 de mayo de 1978, 24 de enero de 1986, 9 de diciembre de 1993, 8 y 9 de junio de 1994, 12 de junio de 1995, 14 y 15 de mayo de 1998, 9 de junio de 2000, 15 de junio, 17 de septiembre, 15 y 19 de octubre y 8 de noviembre de 2004, 20 de abril y 23 de mayo de 2005, 20 de enero de 2006, 31 de enero de 2007, 11 de febrero de 2008, 14 de noviembre de 2009, 13 y 14 de diciembre de 2010 y 18 de abril de 2011.

1. Como cuestión previa de índole procedimental, a la que se refiere el Registrador en su informe, debe tenerse en cuenta que, conforme al artículo 325 de la Ley Hipotecaria,

según la redacción resultante de la modificación efectuada por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, la subsanación de los defectos indicados por el registrador en la calificación no impedirá a cualquiera de los legitimados, incluido el que subsanó, la interposición del recurso. Se trata de una norma que reconoce la posibilidad de recurso para revisar la calificación con el alcance legalmente previsto, y no sólo a efectos doctrinales -como acontecía conforme al artículo 112 del Reglamento Hipotecario antes de la reforma-. Obedeció dicha modificación a la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera) de 22 de mayo de 2000, sobre dicho precepto reglamentario, según la cual de los artículos 6, 18, 22 y 66 de la Ley Hipotecaria, resulta que el notario autorizante del título ha de estar legitimado siempre para interponer el recurso, aunque se haya subsanado el defecto, por estar interesado en la inscripción, habida cuenta de las responsabilidades legalmente definidas. Y añade dicha Sentencia que «el objeto del recurso gubernativo... no es el asiento registral sino el acto de calificación del Registrador, de manera que, practicado dicho asiento, no se trata de anularlo sino de que se declare que la calificación del Registrador, al denegar la inscripción por concurrir defectos subsanables, no fue ajustada a derecho, y ello es posible jurídicamente, aunque el asiento se haya practicado una vez subsanados los defectos apuntados por el Registrador, y tiende, entre otros fines, a evitar que la carga o gravamen, impuesto por la incorrecta calificación, lo soporte el interesado o el Notario autorizante de la escritura pública».

2. También como cuestión formal, atinente a la petición del registrador en el sentido de que figure en esta resolución un resumen de los argumentos contenidos en su informe, este Centro Directivo debe recordar su reiterado criterio (cfr., entre otras muchas, las Resoluciones de 17 de septiembre y 15 y 19 de octubre de 2004, 20 de abril y 23 de mayo de 2005, 20 de enero de 2006, 31 de enero de 2007, 11 de febrero de 2008 y 13 de diciembre de 2010) según el cual el momento procedimental, único e idóneo, en el que el registrador ha de exponer todas y cada una de las razones que motivan su decisión de denegar la práctica del asiento solicitado es el de la calificación (artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria) sin que, por consiguiente, hayan de ser tenidas en cuenta las que pueda introducir en su informe, pues dicho trámite, como también ha declarado reiteradamente esta Dirección General, en modo alguno puede ser utilizado para replicar al recurrente en una suerte de contestación a la demanda o para agravar su calificación.

En efecto, si el registrador retrasa la exposición de sus argumentos a dicho informe, el interesado o legitimado para recurrir se ve privado de su derecho, pues desconocerá la razón última de la decisión recurrida y no podrá exponer adecuadamente al órgano competente para conocer de su recurso sus argumentos. Igualmente, se ha expuesto que en dicho informe no cabe aducir nuevos fundamentos o razones en defensa de la nota de calificación pues, por el mismo trámite del recurso frente a la calificación, el interesado desconocerá las razones añadidas por el registrador.

3. Según el primero de los defectos expresados en la calificación impugnada, considera el registrador Mercantil que al tratarse de una escritura de constitución de una sociedad cuyo único otorgante interviene en su propio nombre y derecho y, además, como administrador único, de otra sociedad, «se produce una colisión de intereses que sólo puede ser salvada a través del acuerdo de la Junta General de la sociedad representada».

Para resolver la cuestión planteada debe tenerse en cuenta que no es lo mismo contemplar la situación de autocontratación, o de doble o múltiple representación, cuando se trate de contratos onerosos con recíprocas obligaciones entre las partes, en los que por su naturaleza hay intereses contrapuestos, que cuando se trate de contratos asociativos, en los que concurren declaraciones convergentes para consecución de un fin común. En definitiva, el propio concepto de negocio societario excluye en principio la confrontación de intereses de las partes que lo celebran, al concurrir una causa negocial común orientada a la consecución del fin social. Así, prevalece la satisfacción del interés común sobre una eventual confrontación de los intereses de las partes.

Debe señalarse asimismo que si pudiera entenderse que, en relación con un aspecto concreto de dicho negocio, puede llegar a verificarse la existencia de un conflicto de

intereses entre representante y representado o entre varias personas representadas por un mismo representante, porque se antepongan los intereses de alguno de ellos a los de los otros, deberá determinarse y concretarse dicho conflicto por parte del Registrador, sin que pueda deducirse automáticamente su existencia por el simple hecho de que ambos socios fundadores fueran personas jurídicas y hubieran sido representadas por la misma persona física. Más aún, la propia naturaleza del negocio asociativo, carente de «sinalagma» y en el que existe una declaración de voluntad de las partes en la misma dirección, impediría incluir el presente supuesto en el ámbito de la autocontratación.

Como entendió este Centro Directivo en la Resolución de 9 de marzo de 1943, al examinar una calificación registral de una escritura de constitución de una sociedad anónima otorgada por una persona en su propio nombre y como representante legal de sus hijos menores, lo decisivo es valorar el estatuto jurídico de cada socio fundador, declarándose entonces que «... tampoco debe negarse al padre la facultad de invertir los capitales de los hijos en la misma sociedad anónima en que él tenga participación o en otros casos de asociación mercantil en que, lejos de existir intereses contradictorios entre unos y otros, suplan la vigilancia y la gestión paternas el desconocimiento, inexperiencia y falta de capacidad de sus hijos; pero siempre que los respectivos derechos marchen “pari passu” y coloquen a los interesados en el mismo plano económico...».

Por lo demás, respecto del conflicto de intereses que pueda existir en el desenvolvimiento de la sociedad no puede olvidarse que el contenido organizativo del negocio fundacional queda supeditado a la voluntad social a través de los acuerdos de la junta general y que la Ley establece determinadas cautelas para evitar los riesgos de dicho conflicto (cfr., entre otros, los artículos 190, 226, 228 y 229 de la Ley de Sociedades de Capital).

En el presente recurso, que debe ceñirse al defecto tal como ha sido formulado en la calificación impugnada (cfr. artículo 326 de la Ley Hipotecaria), ha de tenerse en cuenta que el registrador se limita a expresar que con el otorgamiento de la escritura calificada se produce una colisión de intereses. Sin embargo, no se aprecia en la calificación ningún examen o valoración, a la vista del concreto negocio fundacional y del estatuto de cada socio, que atienda más que a la dimensión cuantitativa –montante de la aportación dineraria– a la cualitativa –su concreta posición–, para determinar las circunstancias que de forma patente revelen la existencia de conflicto de intereses. Ello supone que la objeción que figura en la nota recurrida ha de rechazarse «a limine».

4. Por lo que se refiere al segundo de los defectos invocados por el registrador, los estatutos disponen que «se requerirá el voto favorable de al menos el sesenta por ciento de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social» para la adopción de determinados acuerdos, entre los cuales algunos están incluidos en la norma del artículo 199.b) de la Ley de Sociedades de Capital, que exige para su adopción el voto favorable de, al menos, dos tercios de los votos correspondientes a todas las participaciones sociales.

El notario recurrente alega que en el presente caso no puede atribuirse a los socios una voluntad transgresora de las disposiciones legales, pues el primero de los artículos de los estatutos sociales proclama el respeto a las disposiciones legales aplicables, incluyendo obviamente las de contenido imperativo.

Para resolver esta cuestión, cabe recordar que este Centro Directivo, con referencia a la necesaria concreción del contenido de los estatutos sociales, tiene declarado que no es necesario reproducir reglas idénticas a las legales cuando se haga constar la remisión al contenido de la Ley, dada la aplicación, unas veces imperativa y en otras ocasiones supletoria, que tienen las normas contenidas en ella (cfr., por todas, las Resoluciones de 24 de enero de 1986 y 9 de diciembre de 1993), si bien esas menciones necesarias, así como aquellas otras que incluyan los socios en los estatutos potestativamente, deben ser objeto del consentimiento contractual expresado en el otorgamiento de la escritura de constitución, no estando los socios fundadores exonerados de la obligación de incluir en el título esas menciones estatutarias –necesarias unas y, en su caso, potestativas otras–,

pues tales estatutos no tienen el carácter de norma legal a la que los socios puedan remitirse o que entre en juego supletoriamente.

Enfocada así la cuestión, debe concluirse que la cláusula estatutaria debatida, tal y como fue inicialmente redactada y en tanto que no contenía salvedad alguna, contradice directamente una norma legal de derecho necesario que impone una mayoría cualificada para determinados acuerdos, por lo que dada la exigencia de claridad y precisión del título y de los asientos registrales, en función del alcance «erga omnes» de sus pronunciamientos, no puede accederse a la inscripción de la cláusula discutida, a la que falta, precisamente, la importante salvedad que se ha añadido en la diligencia de subsanación extendida con posterioridad.

Y es que no basta con la remisión genérica a la Ley que, tal y como señala el recurrente en su escrito, se contiene en el artículo primero de los estatutos sociales, pues aunque no es necesario reproducir en los estatutos sociales reglas fundamentales idénticas a las legales cuando en los mismos estatutos se haga constar la remisión a la Ley, en el caso ahora examinado eso ha de traducirse por una remisión, concreta, a la regulación imperativa que específicamente afecte a la materia que es objeto del artículo 9 de los estatutos, ya que de lo contrario podría perfectamente interpretarse que la voluntad de los fundadores ha sido obviar esas reglas imperativas y sustituirlas por las plasmadas en la redacción inicial del citado precepto estatutario.

Esta Dirección General ha acordado estimar parcialmente el recurso interpuesto, en cuanto al defecto primero de la nota recurrida, y confirmar el segundo de los defectos impugnados, en los términos que resultan de los precedentes fundamentos de Derecho.

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, 7 de julio de 2011.–La Directora General de los Registros y del Notariado, M.<sup>a</sup> Ángeles Alcalá Díaz.