

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

14838 *Resolución de 5 de julio de 2011, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora mercantil y de bienes muebles II de Valencia a inscribir una escritura de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada.*

En el recurso interpuesto por el notario Valencia, don Eduardo Lluna Aparisi, contra la negativa de la registradora Mercantil y de Bienes Muebles II de Valencia, doña Laura María de la Cruz Cano Zamorano, a inscribir una escritura de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el notario de Valencia, don Eduardo Lluna Aparisi, el 24 de febrero de 2011, se constituyó una sociedad de responsabilidad limitada con la particularidad de que el único otorgante interviene en representación de dos sociedades mercantiles, como administrador único. El capital social es de tres mil euros, que se desembolsa mediante aportaciones dinerarias. Además, se designa como administrador único al mismo compareciente.

En el artículo 13 de los estatutos de la sociedad constituida se dispone que la junta general «...será convocada por el órgano de administración, o, en su caso, por los liquidadores de la sociedad, bien mediante anuncio publicado en la página web de la sociedad, o bien, por carta certificada con acuse de recibo, remitida al domicilio designado por el socio al efecto o al que conste en el Libro registro de socios, debiéndose realizar obligatoriamente por este último medio si la sociedad no tiene página web...».

II

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

«Dña. Laura María Cano Zamorano, Registradora Mercantil de Valencia Mercantil, previo el consiguiente examen y calificación, de conformidad con los artículos 18 del Código de Comercio y 6 del Reglamento del Registro Mercantil, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada conforme a los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: Hechos: Fundamentos de Derecho (Defectos) 1. Don J. M. F. R. interviene como administrador único de las sociedades «Grupo...» y «Jafre»..., lo que da lugar a un supuesto de autocontratación sin que lo salve el correspondiente acuerdo de la Junta General. Artículo 267 del Código de Comercio, artículo 1459, 1714 y 1718 del Código Civil y RDGRN de 9 de Mayo de 1978 y 14 de Mayo de 1998. 2. Según la redacción dada al artículo 13 de los Estatutos sociales si la sociedad tiene sede electrónica en donde publicar el anuncio de convocatoria, se estarían estableciendo dos sistemas alternativos de convocatoria, con infracción del art. 173 de la Ley de Sociedades de Capital, en la interpretación que dio la RDGRN de 15 Octubre de 1998 al precedente art. 46 de la Ley de Sociedades Limitadas. Son subsanables. Se ha cumplido en su integridad los trámites que prevé el artículo 18 del Código de Comercio y 6 y 15 del Reglamento del Registro Mercantil. En relación con la presente calificación: Puede instarse la aplicación del cuadro de sustituciones..... Valencia, a veintiuno de Marzo de dos mil once. La Registradora...».

III

El 12 de abril de 2011, el notario autorizante de la escritura interpuso recurso contra la calificación alegando, en síntesis, lo siguiente:

1. Respecto del primer defecto de la nota:

a) Que el otorgante de la escritura actuaba en nombre de dos sociedades en tanto que administrador único de cada una de ellas, acreditando debidamente dicho cargo, cuya extensión, en lo atinente a las facultades aparece claramente prefijada por el artículo 234 del Texto Refundido de las Sociedades de Capital, no realizando el otorgante ninguna actuación que exceda del objeto de las sociedades fundadoras (transcrito por lo demás en la escritura) en relación con el objeto social de la sociedad constituida. Citaba además en su apoyo las resoluciones de 18 de julio de 2006, que señala que el administrador único podía autocontratar cuando quede manifiestamente excluida la colisión de intereses, y 14 de mayo de 1998, la cual si bien no excluía la posibilidad de contraposición de intereses, sin embargo analizaba un caso de representación voluntaria, no orgánica como ahora. Añadía, además, que a tenor del artículo 1 de la Ley de Sociedades de Capital, la aportación del capital era la única obligación de las sociedades representadas.

b) Que en el año 2010, mediante una escritura por él autorizada, el mismo otorgante, interviniendo en idéntica representación de ambas sociedades mercantiles, constituyó una sociedad con el mismo objeto que fue inscrita en el Registro Mercantil de Valencia. Y añadía que la cita del artículo 267 del Código de Comercio se refiere al comisionista y los preceptos del Código Civil citados en la nota al mandatario; esto es, representantes voluntarios, cuando en el supuesto analizado la representación de las dos sociedades fundadoras es orgánica.

2. Respecto del segundo defecto de la nota, que había que tener en cuenta la modificación introducida por el Real Decreto-Ley 13/2010 de 3 de diciembre, según la cual la forma de convocatoria de la junta mediante la página web de la sociedad se antepone a la clásica, que pasa a tener un carácter supletorio para el caso de que la página web no exista; esto es, sistema supletorio de convocatoria mediante publicación en un diario de gran circulación en el término municipal en que esté situado el domicilio social, si bien cabe el sistema de comunicación individual y escrita, que asegure la recepción del anuncio por todos los socios en el domicilio designado o en el que figure en el Libro-Registro de socios.

3. Que la publicación de la convocatoria en la página web puede plantear inconvenientes que no dependen exclusivamente de la sociedad convocante, sino de factores externos (comunicaciones telefónicas, etc...), lo que justifica la previsión de estas circunstancias en los estatutos, adoptando también la otra forma legal de comunicación.

4. Que el artículo 173.2 del Texto Refundido no rechaza la posibilidad de utilizar los dos sistemas previstos, pues de querer que fueran excluyentes hubiera empleado la expresión «uno de», «optar por», o cualquier otra que limitara la posibilidad de establecer ambos, entendiendo que la alternatividad debe ser una consecuencia de la interpretación de la norma y no un principio al que deba sujetarse ésta.

Y finalizaba añadiendo que la Resolución de 15 de octubre de 1998 se refería a un artículo antecedente del texto refundido actual y su aplicación en la actualidad debería de analizarse detenidamente, dada la novedad introducida por el Real Decreto-Ley 13/1020, de forma que la alternativa que establece en la misma lo es entre la forma de convocatoria legal y la sustitutoria del párrafo dos.

IV

Mediante escrito de 18 de abril de 2011, la registradora Mercantil, doña Laura María de la Cruz Cano Zamorano, elevó el expediente, con su informe, a esta Dirección General, en la que causó entrada el día 29 de abril.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 1259, 1714 y 1718 del Código Civil; 18 y 267 del Código de Comercio; 173 y 234 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo de 2 de julio de 2010 y modificado por Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo; 18 y 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria; y las Resoluciones de esta Dirección General de 9 de marzo de 1943, 9 de mayo de 1978, 14 de mayo y 15 de octubre de 1998, 25 de febrero de 1999, 2 de diciembre de 2010 y 21 de marzo de 2011; y la Instrucción de este Centro Directivo de 18 de mayo de 2011 y su corrección de errores publicada en el «Boletín Oficial del Estado» de 28 de mayo de 2011.

1. Antes de examinar el fondo del recurso, debe rechazarse la argumentación del recurrente basada en la calificación favorable de títulos análogos por otro registrador, ya que tal y como ha manifestado esta Dirección General reiteradamente no puede desconocerse a tales efectos la independencia que tiene la registradora al ejercitar su función calificadoras bajo su propia y exclusiva responsabilidad, conforme al artículo 18 del Código de Comercio.

2. Según el primero de los defectos expresados en la calificación impugnada, considera la registradora Mercantil que, al tratarse de una escritura de constitución de una sociedad cuyo único otorgante interviene como administrador único de las sociedades fundadoras, «da lugar a un supuesto de autocontratación sin que lo salve el correspondiente acuerdo de la Junta General...».

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 de la registradora, 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 la registradora 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 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».

3. Por lo que se refiere al segundo de los defectos impugnados, los estatutos disponen que la junta general «...será convocada por el órgano de administración, o, en su caso, por los liquidadores de la sociedad, bien mediante anuncio publicado en la página web de la sociedad, o bien, por carta certificada con acuse de recibo, remitida al domicilio designado por el socio al efecto o al que conste en el Libro registro de socios, debiéndose realizar obligatoriamente por este último medio si la sociedad no tiene página web...».

La registradora Mercantil deniega la inscripción de dicha disposición estatutaria porque, a su juicio, si la sociedad tiene página web para publicar el anuncio de convocatoria se estarían estableciendo dos sistemas alternativos de convocatoria, con infracción del artículo 173 de la Ley de Sociedades de Capital.

Entre las medidas introducidas por el Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, para mejorar la competitividad de las empresas se incluyen las dirigidas a la disminución de los costes en actos frecuentes de su vida societaria, mediante la reducción de obligaciones de publicidad de actos societarios en periódicos. Así, entre otras normas, se modifica el artículo 173.1 de la Ley de Sociedades de Capital, cuya nueva redacción establece que «La junta general será convocada mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en la página web de la sociedad o, en el caso de que no exista, en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia en que esté situado el domicilio social». Con la misma finalidad, en el apartado 2 del mismo artículo, se permite que los estatutos de las sociedades de responsabilidad limitada establezcan, en sustitución de dicho sistema, «que la convocatoria se realice mediante anuncio publicado en la página web de la sociedad o, en el caso de que no exista, en un determinado diario de circulación en el término municipal en que esté situado el domicilio social, o por cualquier procedimiento de comunicación, individual y escrita, que asegure la recepción del anuncio por todos los socios...».

En todo caso, con tales requisitos se pretende garantizar al socio una publicidad que le permita conocer, con la suficiente antelación, las cuestiones sobre las que es llamado a pronunciarse y reflexionar detenidamente sobre el sentido del voto. Por ello, para enjuiciar la admisibilidad o el rechazo de los procedimientos estatutarios de convocatoria de la junta general en sustitución de la publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en un diario, deberá apreciarse si con los mismos se cumplen o no las garantías de información que sobre la convocatoria se pretende asegurar por la norma legal.

En el presente caso se ha ejercido esa libertad de configuración estatutaria al disponer un sistema facultativo de convocatoria de la junta general en sustitución de la publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en un diario. La registradora rechaza que se prevean como alternativas el anuncio de la convocatoria mediante publicación en la web de la sociedad y la comunicación por carta certificada con aviso de recibo. Pero tal criterio no puede estimarse suficientemente fundado en la letra de la norma del artículo 173 de la Ley de Sociedades de Capital ni en su «ratio legis».

En efecto, si uno de los postulados en que se fundamenta la regulación de las sociedades de responsabilidad limitada es el de la flexibilidad de su régimen jurídico, de suerte que –por lo que ahora interesa– se permite sustituir el régimen legal de publicidad de la convocatoria de la junta general (cfr. el apartado II.3 de la Exposición de Motivos de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, vigente con anterioridad al Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital), y se tiene en cuenta que la reforma introducida por el Real Decreto-Ley 13/2010, de 3 de diciembre, tiene por finalidad la disminución de costes mediante la reducción de obligaciones de publicidad en periódicos de la convocatoria de las juntas generales, debe concluirse que, a falta de una previsión normativa de la que se desprenda clara y terminantemente lo contrario, no puede negarse la posibilidad de establecer como alternativos los diversos procedimientos de convocatoria de la junta previstos en el presente caso. Y es que, con base en la autonomía de la voluntad de los socios fundadores (cfr. artículo 28 de la Ley de Sociedades de Capital), se prevén dos sistemas que aseguran al socio la información que sobre la convocatoria se pretende asegurar por el artículo 173 de dicha Ley, de modo que los socios puedan contar con que la Junta habrá de convocarse mediante cualquiera de esos sistemas establecidos en una disposición estatutaria que no puede reputarse contraria a norma imperativa alguna ni contradictoria de los principios configuradores del tipo social elegido. Negar dicha posibilidad sería contrario a la finalidad de flexibilidad y simplificación perseguida por el precepto legal citado en la calificación impugnada. Esta alternatividad no será admisible en las sociedades anónimas cotizadas por sus singulares exigencias de publicidad, pero nada impide que puedan preverse tales mecanismos en las sociedades de responsabilidad limitada por su carácter cerrado y su vinculación tipológica orientada a sociedades con un reducido número de socios.

Por último, debe advertirse que la Resolución de 15 de octubre de 1998 invocada por la registradora resuelve una cuestión diferente a la debatida en este recurso.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto y revocar la calificación impugnada, 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, de 27 de diciembre, y los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 5 de julio de 2011.–La Directora General de los Registros y del Notariado, M.^a Ángeles Alcalá Díaz.